Kann auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts das Rechtsverhältnis der stillen Gesellschaft vorkommen?

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD. LIBRAT. BIBL.

Richard Staub
aus Ratibor
Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Krappitz.

Approbiert am 3. November 1908.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

89

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A.

§ 1. Wirtschaftliche Bedeutung und rechtliche Eigenart der stillen Gesellschaft 1

B.

I. Die juristische Konstruktion der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs.

§ 2. 1. Geschichtliche Entwicklung der stillen Gesellschaft 6

§ 3. 2. Die stille Gesellschaft kein Darlehen 11

§ 4. 3. Die stille Gesellschaft eine Gesellschaft . . . 23

II. Die „stille Gesellschaft des bürgerlichen Rechts".

1. Allgemeiner Teil.

§ 5. a) Stille Gesellschaft und Gesamthandsprinzip . 37

§ 6. b) Die stille Gesellschaft eine bloße Innengesellschaft 46

2. Besonderer Teil.

§ 7. a) Errichtung 49

§ 8. b) Rechtsverhältnisse während des Bestehens . 56

aa) Die Einlage des stillen Gesellschafters . . 56

bb) Geschäftsführung 59

cc) Gewinn und Verlust 62

dd) Verfügungen der Gesellschafter über ihre Rechte aus dem Gesellschaftsvertrage . . 65

§ 9. c) Auflösung 67

aa) Auflösungsgründe 67

bb) Wirkungen der Auflösung 70

C.

§ 10. Zusammenfassung; praktische Bedeutung der stillen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts 73

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0015

Literaturverzeichnis.

Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. 1895.

Archiv für bürgerliches Recht.

Auerbach, Das Gesellschaftswesen. 1861.

Bauer, Die stille Gesellschaft. 1894.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1896.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 1905.

Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907.

v. Borch, Das Recht der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs in seinem Verhältnisse zum Gesellschaftsrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dissert. Rostock 1901.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1903.

Cosack, Bürgerliches Recht. Bd. 2. 1901.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge. 1875.

Denkschrift zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. (Guttentag.)

Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs. (Guttentag.)

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 1903.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2, Abt. 2. 1906.

Deutsche Juristenzeitung. 1900.

Dießner, Das Recht der stillen Gesellschaft. Dissert. Leipzig 1906.

Ebert, Das Recht der Schuldverhältnisse. Bei Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1904.

Ehrenberg, Der Gesellschaftsvertrag. Im Handwörterbuch der Staatswissenschaften von Conrad-Lexis Bd. 4 2. Aufl.

Elsoffer, Das Verhältnis der stillen Gesellschaft zur Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dissert. Jena 1905.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. 1. 1881.

Endemann, Die nationalökonomischen Grundsätze der kanonistischen Lehre. In den Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik Bd. 1. 1863.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 1906.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Franck, Zur Lehre von der stillen Gesellschaft. Leipziger Dissert. Borna-Leipzig 1902.

Fränkel, Die Hauptunterschiede in der Aufrechnungsbefugnis bei der societas des gemeinen Rechts und der Gesellschaft des deutschen bürgerlichen Rechts. Dissert. Breslau 1907.

Freese, Die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. Dissert. Greifswald 1877.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895.

Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. 1873.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

Gierke, Grundriß des deutschen Privatrechts und Grundriß des deutschen Handelsrechts. In v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie Bd. 1. 1904.

Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht. In Kohlers Archiv Bd. 19.

Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 1902.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 1903.

v. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1871.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. 1897.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 1. 1885.

Hölder, Natürliche und juristische Personen. 1905.

v. Hövel, Worin unterscheidet sich die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs von der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs? Leipziger Dissert. Borna-Leipzig 1903.

Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum. In der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 49, 51.

Juristische Wochenschrift. 1903.

Kaestner, Die stille Gesellschaft und die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Dissert. Breslau 1904.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1901.

Kober-Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.

Kohler, Die Commenda im islamitischen Rechte. 1885.

Lastig, Die stille Gesellschaft. Habilitationsschrift 1871.

Lastig, Die stille Gesellschaft. Bei Endemann, Handbuch Bd. 1.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1906.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 1902.

Loewy, Die stille Gesellschaft in ihrem Verhältnis zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Dissert. Göttingen 1900.

Lübbert, Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer geschichtlichen Entwicklung. In der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 58.

Marcus, Die stille Gesellschaft. In Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen Bd. 6.

Methner, Das neue und das alte Handelsgesetzbuch in ihren Abweichungen. 1899.

Mitscher, Das Recht der stillen Gesellschaft. Dissert. Würzburg 1903.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1888.

Müller, Die Gesellschaft. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 63.

Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 10.

Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1906.

Ogrowsky, Die stille Gesellschaft und das partiarische Darlehen. Dissert. Breslau 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898. (Guttentag.)

Renaud, Das Recht der stillen Gesellschaften. 1885.

Rettig, Die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs im Verhältnis zu der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dissert. Rostock 1902.

Scaccia, Tractatus de commerciis et cambio. 1648.

Schlodtmann, Das Recht der Handelsgesellschaften im Verhältnis zu dem Rechte anderer Erwerbsgesellschaften. In der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 37.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.

Siemsen, Die Einlage des stillen Gesellschafters. Dissert. Göttingen 1906.

Silberschmidt, Die commenda in ihrer frühesten Entwicklung. 1884.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1906.

Thöl, Das Handelsrecht. 1879.

Voigt, Die stille Handelsgesellschaft. Im Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. 2. 1860.

Weiser, Die stille Gesellschaft. Dissert. Leipzig 1905.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

A.

§ 1.

Wirtschaftliche Bedeutung und rechtliche Eigenart der stillen Gesellschaft.

Von jeher hat der Handel, selbst auf noch wenig entwickelter Stufe, die günstigste Gelegenheit geboten, flüssige Kapitalien gewinnbringend anzulegen. Dies mußte naturgemäß auch Nichtkaufleute zu dem Bestreben veranlassen, ihr Vermögen durch Beteiligung am Handel zu vermehren, ohne jedoch einerseits nach außen hin als Handeltreibende aufzutreten und ohne andererseits ihr ganzes Vermögen den Gefahren und wechselnden Schicksalen des Handelsverkehrs auszusetzen.[1]) Begünstigt wurden diese Bestrebungen noch durch die Nachfrage der tätigen, aber nicht kapitalkräftigen Geschäftsherren nach Betriebskapital zwecks Begründung neuer oder Erweiterung bereits bestehender Unternehmungen, und so entwickelten sich schon frühzeitig Rechtsverhältnisse, welche diese Bedürfnisse vollauf befriedigten.

---

[1]) Dahn S. 88.

Im modernen Leben, das dieselben Erscheinungen im allerweitesten Maße zeigt, dienen der Erreichung dieser Zwecke hauptsächlich die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. Von diesen steht die letzte in einem ganz auffallenden Gegensatze zu allen übrigen im Handelsgesetzbuche geordneten Gesellschaften. Denn, wie schon die Überschrift des zweiten Buches des Handelsgesetzbuches zeigt, werden alle übrigen Gesellschaften dieses Gesetzes als „Handelsgesellschaften“ bezeichnet, während die stille Gesellschaft nur eine „handelsrechtliche Gesellschaft“ ist. Diese Unterscheidung wird ohne weiteres erklärlich, sobald man den Begriff der stillen Gesellschaft feststellt.

Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wie sich aus den §§ 335, 336 HGB. ergibt,[2]) wenn sich jemand an dem Handelsgewerbe eines anderen mit einer Einlage, die in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht, gegen Anteil am Gewinn und regelmäßig auch am Verlust in der Weise beteiligt, daß der andere aus den im Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet wird. Ergänzend kommen noch hinzu die Bestimmungen der §§ 337 Abs. 2 Satz 1 und 340 Abs. 1, wonach der stille Gesellschafter für einen etwaigen Verlust nur bis zur Höhe der bereits eingezahlten oder rückständigen Einlage haftet und nach Auflösung

---

[2]) Denkschr. z. HGB. S. 182.

der Gesellschaft Auseinandersetzung und Berichtigung seines Guthabens in Geld verlangen kann.

Aus dieser Begriffsbestimmung geht klar hervor, daß „die Beteiligung des stillen Gesellschafters an dem Handelsgewerbe wirtschaftlich wie juristisch einen ganz anderen Charakter wie bei den übrigen Gesellschaftsformen trägt“,[3]) da „das Merkmal der Handelsgesellschaften darin besteht, daß sie eine selbständige Firma haben, unter welcher sie Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden können“,[4]) während bei der stillen Gesellschaft der Inhaber des Handelsgewerbes „unter eigenem Namen, für eigene Rechnung auftritt und nur event. verpflichtet und berechtigt ist, dem stillen Gesellschafter Gewinn gut oder Verlust zur Last zu schreiben“.[5])

Wegen dieser tiefgehenden Wesensverschiedenheit zwischen den Handelsgesellschaften und der stillen Gesellschaft tauchten mehrmals Bestrebungen auf, die besondere Regelung der stillen Gesellschaft fallen zu lassen, zumal da die Kommanditgesellschaft fast dieselben wirtschaftlichen Zwecke erfüllt, dabei aber juristisch vollkommen unter den Begriff der Handelsgesellschaften fällt. Besonders bei der Beratung des neuen Handelsgesetzbuches wurde diese Frage erörtert,[6])

[3]) Lastig bei Endemann Bd. 1 S. 709.

[4]) Denkschr. z. HGB. S. 79.

[5]) Lastig a. a. O. S. 709.

[6]) Denkschr. z. HGB. S. 182.

da man glaubte, infolge der eingehenden Regelung des Gesellschaftsrechtes im Bürgerlichen Gesetzbuche die besonderen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die stille Gesellschaft entbehren zu können. Aus mehrfachen praktischen Gründen[7]) wurde eine Streichung dieser Vorschriften schließlich abgelehnt, ohne daß theoretisch die Frage tiefer beleuchtet wurde, ob ein Ersatz der Vorschriften des Handelsgesetzbuches durch solche des Bürgerlichen Gesetzbuches wirklich möglich wäre. Diese Frage ist auch praktisch wichtig, da die Errichtung einer stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches dem Begriffe derselben gemäß nur mit Bezug auf ein Handelsgewerbe möglich ist, während doch auch außerhalb des Geltungsbereiches des Handelsgesetzbuches die Begründung einer „stillen Gesellschaft“ oft wirtschaftlich von größter Bedeutung sein kann.

Im folgenden soll daher untersucht werden, ob es mit den Mitteln, insbesondere den Vertragstypen, die das bürgerliche Recht bietet, gelingen kann, ein Gebilde zu konstruieren, welches nicht nur wirtschaftlich die Zwecke der stillen Gesellschaft erfüllt, sondern auch in seinem Wesen, in seiner juristischen Konstruktion dem Rechtsverhältnisse der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches entspricht. Zu diesem Zwecke ist

---

[7]) Die Denkschr. z. HGB. S. 182 begründet die Beibehaltung der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft damit, daß sich beide seit langen Jahren im Verkehr eingelebt hätten und besondere Bedürfnisse befriedigten.

es erforderlich, zunächst die juristische Konstruktion der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches festzustellen, um dann die Frage lösen zu können, ob die besonderen Eigenheiten des soeben festgestellten Rechtsverhältnisses sich sowohl allgemein mit den Grundsätzen des entsprechenden Rechtsverhältnisses des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang bringen als auch im einzelnen durch die Mittel, die der konstruktive Ausbau desselben bietet, verwirklichen lassen.

B.

I. Die juristische Konstruktion der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs.

§ 2.

1. Geschichtliche Entwicklung der stillen Gesellschaft.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der stillen Gesellschaft ist seit langer Zeit Gegenstand einer lebhaften wissenschaftlichen Kontroverse. Die einen halten die stille Gesellschaft für ein „modifiziertes“ oder „qualifiziertes“ Darlehn,[1]) andere für eine wirkliche Gesellschaft,[2]) noch andere für ein „modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis“,[3]) und nach einer Ansicht aus der letzten Zeit ist sie „ein besonderer Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung“ bezw. „ein besonderer Vertrag des Handelsrechts, der dem Dienstvertrage mit Geschäfts-

---

[1]) Dahn S. 86, 92; Freese S. 13; Lastig bei Endemann Bd. 1 S. 707.

[2]) Behrend Bd. 1 S. 665; Renaud S. 90.

[3]) v. Hahn § 2 zu Art. 250; ebenso Thöl Bd. 1 S. 353.

besorgung nahesteht".[4]) Alle diese Theorien knüpfen naturgemäß an die geschichtliche Entwicklung der stillen Gesellschaft an und sind nur aus der Geschichte dieses Rechtsinstitutes vollkommen zu verstehen und infolgedessen richtig zu beurteilen. Daher ist auch hier der eigentlichen Erörterung dieser Frage ein kurzer Abriß über die geschichtliche Entwicklung der stillen Gesellschaft voranzuschicken.

Die historische Grundlage sowohl der stillen als auch der Kommanditgesellschaft liegt in einem Rechtsverhältnisse, halb aus Arbeitsvertrags-, halb aus Sozietätselementen zusammengesetzt, dessen Wurzeln sich bis in die fernste Vorzeit verfolgen lassen.[5]) Ein Kontrahent vertraut einem reisenden Kaufmann Waren oder Geld zu gewinnbringender Verwendung im Handel an, wofür demselben als Entgelt ein Teil des erzielten Gewinnes versprochen wird. Dieses Rechtsgebilde findet sich bereits in dem Gesetzbuche des Hammurabi;[6]) ebenso spricht die l. 44 D. pro socio 17, 2 dafür, daß es auch bei den Römern bekannt war, obwohl dies sehr bestritten ist.[7]) Im islamitischen Recht kommt dasselbe Rechtsverhältnis unter dem Namen „kirad" vor, dann im Mittelalter bei den Hanseaten als „sendeve", im

[4]) Lübbert S. 503, 506.

[5]) Lehmann S. 332/33.

[6]) Lehmann a. a. O.

[7]) Behrend Bd. 1 S. 613; Lastig bei Endemann S. 710; Renaud S. 3.

nordischen Rechte als „hjáfèlag“ und im italienischen Rechte, wo es am schärfsten ausgebildet wurde, als „commenda“. Hier, in Italien, läßt sich am besten die Entwicklung dieser Vertragsform verfolgen.

Der commendator, der meist in der Heimat zurückbleibt, übergibt sein Kapital, und zwar zunächst Waren, einem Reisenden, portator oder tractator, der dasselbe im überseeischen Handel verwerten soll, während eine Verwertung im Landhandel erst später aufkommt. Hier liegt ein kommissionsartiges Rechtsgeschäft vor, das mit gesellschaftlichen Elementen derartig vermischt ist, daß es im praktischen Leben von einer Gesellschaft kaum unterschieden wird. Rein juristisch betrachtet liegt aber sicherlich kein Gesellschaftsverhältnis vor, vielmehr ein partiarischer Dienstvertrag, also ein Dienstvertrag mit Gewinnbeteiligung. Denn wenn der tractator auch nach außen hin im eigenen Namen auftritt, so bleibt doch im Innenverhältnis der commendator allein berechtigt, er bleibt Eigentümer der Waren und trägt die Gefahr ihres Unterganges. Das gesellschaftliche Element tritt erst bei der Abrechnung hervor, wenn der Gewinn zwischen den Kontrahenten verteilt wird.

Doch das Mittelalter kannte eine derartige scharfe Scheidung der Begriffe nicht, und so wandte man unbedenklich das Wort „societas“ auf jenes Rechtsverhältnis an.[8])

---

[8]) vgl. Lehmann S. 334/35.

Gefördert wurden sowohl die Verbreitung der commenda als auch ihre Auffassung als societas durch das kanonische Zinsverbot, das dazu zwang, immer neue Mittel und Wege zu finden, um eine gewinnbringende Anlegung von Kapitalien zu ermöglichen. — Neben der eben besprochenen Form der commenda entwickelt sich wenig später eine neue Form, „collegantia", „societas maris", bezw. „wedderleginge", „fèlag" genannt, bei der auch der tractator Kapital einschießt, so daß jetzt ein socius pecuniae und ein socius industriae et pecuniae vorhanden sind. Bei dieser Form, die zunächst im Seehandel und für Einzelfälle, später im Landhandel und für die Dauer vorkommt, treten die gesellschaftlichen Elemente mehr und mehr hervor, indem sich ein Gesellschaftsvermögen zu bilden beginnt, dem Kapitalisten Vorzugsrechte im Konkurse gewährt werden usw.[9])

Bei dieser Form der commenda verschiebt sich m. E. bereits die Stellung des commendator und die des tractator. Während früher der erstere Geschäftsherr war, erlangt jetzt letzterer, vor allem dadurch, daß er kapitalkräftig ist, eine beherrschende Stellung. Er tritt nach außen hin als Gerant oder Komplementar auf, der commendator dagegen tritt immer mehr zurück, er haftet den Gesellschaftsgläubigern nicht, so daß wir hier genau die Merkmale unserer heutigen stillen Gesellschaft vorfinden.

---

[9]) vgl. Lehmann S. 335/36.

Im 15. Jahrhundert beginnt sich neben dieser Form, die jetzt als „compagnia secreta“ oder „participatio“ bezeichnet wird, die neuere „accommandita“, „societas per viam accommanditae“ oder „compagnia palese“ zu entwickeln, die unserer heutigen Kommanditgesellschaft entspricht. Bei dieser gibt sich das Verhältnis zwischen tractator und commendator nach außen hin als Gesellschaft zu erkennen, und vor allem kann sich der tractator jetzt mit mehreren Kommendatoren verbinden.

Diese beiden Gesellschaftsformen finden im 17. Jahrhundert, besonders in der Ordonnance de commerce von 1673, Eingang in Frankreich und üben von dort aus einen großen Einfluß auf die deutsche Gesetzgebung des 18. und des Anfangs des 19. Jahrhunderts aus.

Dennoch sind die deutschen Formen der stillen und der Kommanditgesellschaft nicht etwa erst durch den Einfluß der italienisch-französischen Entwicklung entstanden, sondern, wie bereits oben erwähnt, hat auch die deutsche Rechtsentwicklung Rechtsgebilde hervorgebracht, die den Formen der commenda völlig entsprechen. Der collegantia entsprechen der fèlag des nordischen und die vera societas des hanseatischen Rechts, der commenda (wie dem kirad) der hjáfèlag und die sendeve.[10])

Im 15. und 16. Jahrhundert finden sich diese deutschrechtlichen Gestaltungen in verschiedenen Rechts-

---

[10]) v. Borch S. 15/16.

büchern und Stadtrechten geregelt, während das allgem. Landrecht nur die Form der participatio-sendeve regelt, den stillen Gesellschafter aber unter dem verwirrenden Einflusse des französischen Rechts als „associé en commandite“ bezeichnet. In der Folge tritt diese Vermischung der beiden Formen immer mehr hervor, bis endlich durch die Nürnberger Konferenz die alte Unterscheidung beider Gesellschaften wieder aufgestellt wird, die auf diese Weise in das alte Handelsgesetzbuch und schließlich auch in das Handelsgesetzbuch von 1897 übergegangen ist.

§ 3.

2. Die stille Gesellschaft kein Darlehn.

Aus der eben dargestellten geschichtlichen Entwicklung ergibt sich ohne weiteres, daß eine gewisse Berechtigung vorhanden war, wenn man die stille Gesellschaft jahrhundertelang als eine Gesellschaft, also als eine Sozietät oder wenigstens als eine Art Sozietät im Sinne des römischen und des gemeinen Rechts auffaßte. Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts begann man an dieser alten Konstruktion zu rütteln und suchte nachzuweisen, daß die stille Gesellschaft keine Sozietät sei, sondern eine andere Vertragsart. So trat namentlich Lastig in zahlreichen Schriften, und nach ihm viele andere, für die Ansicht ein, die

stille Gesellschaft sei nichts anderes als ein modifiziertes bezw. bedingtes Darlehn.

Diese Theorie stützt sich hauptsächlich auf jenes Stadium in der geschichtlichen Entwicklung der stillen Gesellschaft, in dem das kanonische Zinsverbot die Verbreitung und den weiteren Ausbau derselben im höchsten Maße förderte. Unzweifelhaft benutzte man in jener Zeit die Konstruktion der commenda als societas dazu, das Verbot des entgeltlichen Darlehens zu umgehen. Auch wurde sicherlich damit Mißbrauch getrieben, indem immer neue Formen einer derartigen societas konstruiert wurden, nur um eine möglichst gewinnbringende und gefahrlose Kapitalsanlage zu ermöglichen; so z. B. wenn durch Hinzufügung einer „redemptio lucri incerti pro certo" zu dem Vertrage einfach feste Zinsen ohne jede Teilnahme am Gewinn und Verlust vereinbart wurden.[1]) Doch geht Lastig m. E. zu weit, wenn er von diesen einzelnen Mißbräuchen ausgehend die ganze Konstruktion für eine „juristische Lüge" erklärt[2]) und weiter folgert, das herrschende Prinzip bei Aufstellung der Konstruktion der commenda als societas sei das gewesen, nicht das „Grundgeschäft" (sc. „ein Darlehen"!), sondern die demselben „zur Verhüllung angehängten pacta" zu beachten.[3])

---

[1]) Lastig, Habilitationsschr. S. 26; Scaccia § 1 Qu. VII p. II ampl. IX Nr. 7.

[2]) Lastig a. a. O. S. 22.

[3]) Lastig a. a. O. S. 25.

Meines Erachtens sind aus den eben dargestellten Zuständen folgende Schlüsse zu ziehen. Sicherlich wurde zur Zeit der Herrschaft des kanonischen Zinsverbotes, wie schon mehrfach erwähnt, die Konstruktion der commenda als societas dazu benutzt, ein entgeltliches Darlehen zu verhüllen. Jedoch wurden hier nicht, wie Lastig folgert, einem Darlehen in wirtschaftlicher und juristischer Hinsicht pacta angehängt, welche die juristische Natur dieses Rechtsgeschäfts verschleiern und einer Sozietät ähnlich machen sollten. Vielmehr war die juristische Konstruktion der commenda als Sozietät bedeutend älter als das kanonische Zinsverbot, und infolgedessen suchte man m. E. die wirtschaftlichen Zwecke des entgeltlichen Darlehns dadurch zu erzielen, daß man die juristische Gestalt der besprochenen Sozietät durch pacta so weit abänderte, bis der eben genannte Zweck erreicht war, allerdings zugleich auch der Unterschied in der juristischen Konstruktion des mutuum und der societas fast verwischt war. Also gerade umgekehrt wie Lastig annimmt!

Ebensowenig wie es möglich ist, aus der geschichtlichen Entwicklung die Darlehensnatur der stillen Gesellschaft nachzuweisen, kann man diesen Nachweis m. E. aus der heutigen rechtlichen Gestaltung der stillen Gesellschaft und des Darlehens führen.

Zunächst ist freilich zuzugeben, daß in manchen Punkten eine auffallende Ähnlichkeit zwischen diesen beiden Rechtsinstituten besteht.

Nach § 607 BGB. kommt ein Darlehen dadurch zustande, daß jemand Geld oder sonstige vertretbare Sachen einem anderen zu Eigentum übergibt mit der Verpflichtung, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. In ganz entsprechender Weise beteiligt sich nach § 335 HGB. der stille Gesellschafter an dem Handelsgewerbe des Komplementars mit einer Einlage, die in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht. Diese Vermögenseinlage kann, wie beim Darlehen, in Geld oder anderen vertretbaren Sachen bestehen, außerdem aber überhaupt in allen verkehrsfähigen Gegenständen, die, „wenn sie auch nicht gerade Gegenstand juristischen Eigentums sind, doch im Sinne des Rechtsverkehrs einen Vermögensbestandteil bilden".[4]) Hierin ist jedoch kein Unterschied vom Darlehen zu erblicken; denn zweifellos ist auch heute noch wie im gemeinen Rechte ein Darlehen in der Form des „contractus mohatrae" möglich, indem jemand einem anderen Sachen zum Verkaufe übergibt, damit er den empfangenen Preis als Darlehen behalte.[5]) Ebenso kann ein Darlehen auch in der Form begründet werden, daß jemandem verkehrsfähige Gegenstände unter einer Schätzung übergeben werden, welche die Darlehnssumme darstellen soll.[6])

---

[4]) Staub Anm. 4 zu § 335.

[5]) Oertmann S. 580; Mot. Bd. 2 S. 308; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 243.

[6]) Oertmann S. 582; Dernburg a. a. O. S. 245.

Durch diese Ausführungen wird auch ein anderer angeblicher Unterscheidungspunkt zwischen Darlehen und stiller Gesellschaft hinfällig.[7]) Nach § 340 Abs. 1 HGB. hat der Geschäftsinhaber nach Auflösung der Gesellschaft das Guthaben des stillen Gesellschafters in Geld zu berichtigen, während nach § 607 Abs. 1 BGB. der Darlehnsschuldner das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren hat. Doch ist auch hier, wie die beiden eben geschilderten Formen des Darlehens zeigen, eine Rückerstattung von Geld möglich, selbst wenn andere Sachen oder Gegenstände als Geld zum Darlehen gegeben worden sind.

Man hat weiter darauf hingewiesen, daß der stille Gesellschafter im Konkurse des Geschäftsinhabers seine Forderung wegen der Einlage, soweit sie nicht durch seinen Anteil am Verluste gemindert ist, als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend macht, ebenso der Darlehnsgläubiger seine (natürlich ganze) Forderung gegen seinen Schuldner. Desgleichen wird durch den Tod desjenigen, der das Kapital hingegeben hat, weder die stille Gesellschaft noch das Darlehen beendet (§ 339 Abs. 2 HGB.). Ferner ist die Rückgabeverpflichtung bei der stillen Gesellschaft, wenn die Verlustbeteiligung ausgeschlossen ist, genau so unbedingt wie beim Darlehen, die Gefahr also in beiden Fällen die gleiche, nämlich die der eintretenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.

---

[7]) vgl. Elsoffer S. 15.

Ebenso wie, wenn aus den mit dem hingegebenen Kapital unternommenen Geschäften ein Verlust entsteht, der Darlehnsgläubiger die erhaltenen Zinsen behalten darf, braucht auch der stille Gesellschafter den ausgezahlten Gewinn nicht zurückzuzahlen, soweit durch denselben nicht seine Einlage vermindert ist.

Auch die Festsetzung eines Gewinnanteils für den stillen Gesellschafter spricht nicht unbedingt gegen die Ähnlichkeit mit einem Darlehen, da das Gesetz die Art der Vergütung beim Darlehen der freien Vereinbarung der Parteien überläßt.[8])

Diesen zum Teil recht erheblichen Ähnlichkeiten zwischen Darlehen und stiller Gesellschaft stehen jedoch eine große Anzahl von Verschiedenheiten gegenüber, die sich miteinander nicht in Einklang bringen lassen.

Nach der herrschenden Ansicht ist zunächst das Darlehen auch heute noch ein Realkontrakt,[9]) so daß also die Hingabe des Geldes usw. „obligandi causa“ geschieht, während die stille Gesellschaft durch einen Konsensualvertrag entsteht. Bei ihr wird also die im Vertrage versprochene Einlage „solvendi causa“ eingezahlt; ja sie braucht überhaupt noch nicht eingezahlt zu sein, z. B. wenn es dem Geschäftsinhaber nur darauf

---

[8]) Ebert bei Fischer-Henle Anm. 1 zu § 603.

[9]) vgl. den Wortlaut des § 607; ferner Oertmann S. 577/78; Dernburg a. a. O. S. 241; a. M. Kohler, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 211.

ankommt, beim Eintritt einer günstigen Konjunktur genügend Betriebskapital zur Verfügung zu haben, und doch bestehen schon alle Wirkungen des Vertrages.[10])

Wenn das Darlehen an sich auch ein Realvertrag ist, so kann sich jemand doch durch einen Darlehensvorvertrag, durch ein pactum de mutuo dando, rechtsgültig zur Hingabe eines Darlehens verpflichten. Gerade dann aber zeigt sich ein neuer wichtiger Unterschied dieses Rechtsverhältnisses von der stillen Gesellschaft. Nach § 610 BGB. kann nämlich ein auf diese Weise Verpflichteter „das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird".

Ganz anders bei der stillen Gesellschaft! Wenn hier der stille Gesellschafter, der seine Einlage noch nicht eingezahlt hat, seinen späteren Anspruch auf Rückerstattung gefährdet sieht, so hat er wohl einen wichtigen Grund, der ihn nach § 339 Abs. 1 Satz 2 HGB. mit § 723 BGB. zu sofortiger Kündigung berechtigt. Wird jedoch noch vor der Auflösung und Auseinandersetzung der Konkurs über das Vermögen des Geschäftsinhabers eröffnet — und ebenso natürlich, wenn der Konkurs eröffnet wird, ohne daß der stille Gesellschafter die Gefährdung bemerkte und kündigte —, so hat er die rückständige Einlage bis zu dem Betrage,

---

[10]) vgl. v. Borch S. 22.

welcher zur Deckung seines Verlustanteils erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen (§ 341 Abs. 2 HGB.).

Wird jedoch der Konkurs erst eröffnet, nachdem die Auseinandersetzung erfolgt, ihm also seine Einlage zurückgezahlt bezw. sein Verlustanteil erlassen ist, so kann die Rückgewähr bezw. der Erlaß nach § 342 HGB. noch angefochten werden, wenn der Konkurs innerhalb eines Jahres nach der Auseinandersetzung eröffnet wird. Die Anfechtung der Rückzahlung eines Darlehens dagegen ist nur unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 30 ff. KO. möglich. Ist also einerseits beim Darlehen die erleichterte Anfechtung ausgeschlossen, so fehlt andererseits der stillen Gesellschaft die „clausula rebus sic stantibus“ völlig.

Ein grundsätzlicher Gegensatz zwischen stiller Gesellschaft und Darlehen besteht ferner hinsichtlich der Art und Weise, in welcher der Empfänger der Einlage dieselbe verwenden kann. Der Darlehensschuldner steht hier völlig frei; er hat sich das Kapital verschafft, ohne sich zu einer bestimmten Verwendung zu verpflichten, und kann damit ganz nach seinem Belieben verfahren. Dagegen hat sich der Geschäftsinhaber bei der stillen Gesellschaft verpflichtet, das Empfangene in seinem Handelsgewerbe zu verwenden, und ist dadurch vollkommen gebunden. Benutzt er das Kapital zu Zwecken, die aus dem Rahmen seines Handelsgewerbes herausfallen, so ist der stille Gesellschafter zu sofortiger unbefristeter Kündigung nach § 339 Abs. 1 Satz 2 HGB.

mit § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB. berechtigt, während der Darlehnsgläubiger in dem gleichen Falle auf die Frist des § 609 BGB. angewiesen ist.[11])

Der in dem eben besprochenen Punkte hervortretende Unterschied zwischen Darlehen und stiller Gesellschaft ist auf einen Grundgedanken zurückzuführen, der bei weiterer Untersuchung die beiden Rechtsinstitute immer weniger als miteinander vereinbar erscheinen läßt: dies ist der Grad der gegenseitigen Gebundenheit der Kontrahenten. Wie verschiedenartig diese Bindung ist, geht ganz deutlich hervor, wenn man betrachtet, in welcher Weise der Kapitalist in beiden Fällen die Nutzungen von seiner Einlage zieht.

Das Darlehen ist an sich unentgeltlich,[12]) ein Gewinn ist nur durch besondere Abmachung zu erzielen. Dagegen ist der stille Gesellschafter begrifflich am Gewinn beteiligt, ja diese Gewinnbeteiligung kann nicht einmal durch Vertrag ausgeschlossen werden (§ 336 Abs. 2 HGB.). Umgekehrt bildet bei der stillen Gesellschaft die Verlustbeteiligung die Regel, die allerdings durch Vertrag ausgeschlossen werden kann, während sie beim Darlehen begrifflich unmöglich ist.

Wird beim Darlehen eine Vergütung ausgemacht, so wird diese in der Regel in festen Zinsen bestehen. Soll daneben noch ein Anteil am Gewinn ausgezahlt

---

[11]) vgl. Elsoffer S. 15.

[12]) Ebert a. a. O. Anm. 1 zu § 608 BGB.

werden, so hat dies nur eine akzessorische und eventuelle Bedeutung.[13])

Im Gegensatz hierzu ist der Gewinnanteil des stillen Gesellschafters im allgemeinen gänzlich ungewiß, in bezug sowohl auf seine Höhe als auch überhaupt auf seine Existenz: er richtet sich völlig nach dem Gedeihen des Geschäftes; je größer der Ertrag desselben ist, desto größer ist der Gewinn. Ist die Einlage durch schlechte Geschäftsjahre vermindert, so wird auch zu Zeiten besserer Erfolge Gewinn erst dann ausgezahlt, wenn der frühere Verlust durch den Gewinnanteil gedeckt ist (§ 337 Abs. 2 Satz 2 HGB.).

Schließlich hängt es von den Ergebnissen des Geschäftes ab, ob und in welcher Höhe der stille Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft einen Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage hat. Hingegen behält der Darlehnsgläubiger rechtlich stets den Anspruch auf sein ganzes Kapital, selbst wenn er tatsächlich durch Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners einen mehr oder weniger erheblichen Teil desselben einbüßt.[14])

---

[13]) Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 165.

[14]) Gerade an der Hand der Gewinnbeteiligung ist die praktisch oft sehr schwierige Frage zu entscheiden, ob ein Darlehns- oder ein Stillergesellschaftsvertrag vorliegt. Man wird annehmen können, daß letzterer dann vorliegt, wenn der Betrag des auszuzahlenden Gewinnes in irgendeiner Beziehung ungewiß ist, wenn also auch der Kapitalist durch die wechselnden, ungewissen Geschäftsergebnisse betroffen wird (vgl. Lehmann-Ring Anm. 9 zu § 335 und Staub Anm. 21 zu § 335).

Mit der Gewinn- und Verlustbeteiligung hängt aufs engste der wohl wesentlichste Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten zusammen. Nach § 338 HGB. ist der stille Gesellschafter berechtigt, „die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen". Der stille Gesellschafter ist also bezüglich seiner Kontrollrechte völlig dem Kommanditisten gleichgestellt (§ 166 Abs. 1 HGB.) und unterscheidet sich hierin nur wenig von dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft (§ 128 HGB.) und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ 716 BGB.).

Der Darlehnsgläubiger hingegen ist in keiner Weise berechtigt, sich über die Ergebnisse der Unternehmungen zu unterrichten, in denen sein Schuldner sein Kapital angelegt hat.

Diesen tiefgreifenden Unterschied sucht Freese[15]) damit abzutun, daß er sagt, „er erkläre sich eben aus der Vertrauensnatur der stillen Gesellschaft". Demgegenüber führt Elsoffer m. E. mit Recht an, auch das Darlehen sei Vertrauenssache; ja bei diesem sei das Vertrauen noch größer, da der Darlehnsgeber bei dem völligen Mangel jeglicher Kontrollrechte gebunden in die Hände seines Schuldners geliefert sei, so daß also die Kontrollrechte des stillen Gesellschafters gerade

---

[15]) Freese S. 15.

gegen die besondere Vertrauensnatur dieses Rechtsinstitutes sprächen.[16])

Alle diese Folgerungen, welche sich, wie oben erwähnt, aus der Art der Verbundenheit der Parteien bei beiden Rechtsinstituten ergeben, deuten nicht nur darauf hin, daß die stille Gesellschaft kein Darlehen sei, sondern sprechen auch für ihre Auffassung als ein gesellschaftsähnliches Gebilde. Nur von diesem Gesichtspunkte aus läßt es sich schließlich erklären, daß nach § 339 HGB. der Privatgläubiger eines vergeblich exequierten stillen Gesellschafters in den durch § 135 HGB. gezogenen Grenzen berechtigt ist, den Vertrag durch Kündigung vorzeitig aufzulösen und damit die Rückzahlung der Einlage zu bewirken. Der Mangel einer derartigen Bestimmung beim Darlehen ist dadurch zu erklären, daß es für die Parteien an sich gleichgültig sein kann, zu wem sie in den ziemlich lockeren Beziehungen des Darlehensverhältnisses stehen. Bei der stillen Gesellschaft hingegen ist kraft der eben zitierten positiven Bestimmungen ein derartiger Eintritt eines Rechtsnachfolgers ausgeschlossen. Die gegenseitige Gebundenheit ist hier viel größer, so daß es sehr auf die Person des Gegenkontrahenten ankommt; es liegt eben bereits eine gesellschaftliche Verbindung vor.

Aus obigen Erörterungen dürfte klar hervorgehen, daß die stille Gesellschaft trotz vieler unbestreitbarer

---

[16]) Elsoffer S. 18/19.

Ähnlichkeiten mit dem Darlehen nicht als ein „modifiziertes“ oder „qualifiziertes“ Darlehen betrachtet werden kann. Denn dagegen sprechen eine große Anzahl nicht zu überbrückender Gegensätze. Andererseits deuten gerade diejenigen Momente, die gegen die Annahme eines Darlehens sprechen, stark auf einen gesellschaftsähnlichen Charakter der stillen Gesellschaft hin. Im folgenden werden wir daher nun der Frage näher treten, ob das Rechtsverhältnis der stillen Gesellschaft als eine Gesellschaft zu charakterisieren ist.

§ 4.

3. Die stille Gesellschaft eine Gesellschaft.

Bevor wir uns der Auffassung der stillen Gesellschaft als Gesellschaft näher zuwenden, ist jedoch noch auf die anderen Theorien bezüglich des Wesens dieses Rechtsinstitutes einzugehen, nämlich auf diejenigen, welche die stille Gesellschaft als ein „modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis“ oder als einen „besonderen Vertrag des Handelsrechts, der dem Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung nahesteht“, auffassen.[1]) Die erstere Bezeichnung, die schon ihrer Unklarheit und Allgemeinheit wegen wenig befriedigt, wird wohl am besten dadurch widerlegt, daß im folgenden der Nachweis versucht werden soll, daß die stille Gesell-

[1]) vgl. § 2 Anm. 3 u. 4 der Arbeit.

schaft kein bloßes Kreditverhältnis, sondern eben eine Gesellschaft ist.[2]) In derselben Weise erübrigt sich an dieser Stelle eine nähere Betrachtung der zweiten Theorie. Lübbert, von dem dieselbe aufgestellt ist, sucht ihre Richtigkeit aus der geschichtlichen Entwicklung dadurch nachzuweisen, daß er das Hauptgewicht auf die Entstehung der stillen Gesellschaft aus derjenigen Form der commenda legt, bei der, wie oben S. 8 dargelegt, tatsächlich die Elemente eines kommissionsartigen Rechtsgeschäfts überwiegen, und stützt seine weitere Beweisführung dann hauptsächlich auf den angeblichen Nachweis, die stille Gesellschaft sei keine wahre Gesellschaft. Infolgedessen ist auf seine Theorie noch einmal weiter unten einzugehen, wenn diejenigen Punkte erörtert werden, welche die Annahme einer Gesellschaft zu verbieten scheinen.

Für die Auffassung unseres Rechtsinstitutes als eine wahre Gesellschaft spricht zunächst ein formelles Moment, nämlich ihre Unterbringung im Gesellschaftsrechte, sowohl im alten Handelsgesetzbuch als auch im Handelsgesetzbuch von 1897. Dafür spricht ferner die Terminologie; denn das Rechtsinstitut wird eben als stille „Gesellschaft“ bezeichnet, und ihre Glieder werden in den §§ 339, 340 HGB. einfach „Gesellschafter“ genannt.[3]) Allerdings ist es auffällig, daß die §§ 105 Abs. 2

---

[2]) vgl. v. Borch S. 25.

[3]) vgl. Elsoffer S. 21.

und 161 Abs. 2 HGB. für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft ausdrücklich bestimmen, daß auf diese Rechtsinstitute, soweit etwas anderes nicht vorgeschrieben sei, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft Anwendung finden sollen, während ein derartiger allgemeiner Hinweis für die stille Gesellschaft fehlt.[4]) Dafür finden sich in dem Abschnitte des Handelsgesetzbuchs, der von der stillen Gesellschaft handelt, zwei besondere Bestimmungen, die ausdrücklich auf das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinweisen, nämlich der § 338, der die im § 716 BGB. dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter gegebenen weiteren Rechte dem stillen Gesellschafter abspricht, sowie der § 339, der noch einmal die Bestimmung des § 723 BGB. betr. die fristlose Kündigung der Gesellschaft hervorhebt.

Man kann also wohl mit gutem Grunde vermuten, daß das Gesetzbuch, wenn es eine Bestimmung des Gesellschaftsrechtes des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausdrücklich ausschließt, eine andere dagegen besonders hervorhebt, von der Voraussetzung ausgeht, daß die stille Gesellschaft wenigstens eine Gesellschaft des Handelsrechtes, wenn auch keine Handelsgesellschaft sei.[5])

---

[4]) vgl. Rettig S. 3.

[5]) vgl. Rettig S. 4.

Für diese Vermutung läßt sich ferner die ganze Art und Weise anführen, in welcher das Handelsgesetzbuch die Rechtsverhältnisse der stillen Gesellschaft ordnet. Die Bestimmungen der §§ 336, 337 über die Gewinn- und Verlustverteilung, die Kontrollrechte des § 338, die Vorschriften des § 339 über die Kündigung und des § 340 über die „Auflösung“ und „Auseinandersetzung“, kurz gerade alle diejenigen Momente, die wegen der stark hervortretenden Verbundenheit der Parteien, wie oben gezeigt, gegen die Annahme eines Darlehens sprechen, stützen die Annahme einer Gesellschaft.

Für diese Auffassung spricht ferner, wie weiter oben nachzuweisen gelungen sein dürfte, die geschichtliche Entwicklung des Rechtsinstitutes, vor allem der gemeinsame Ursprung der stillen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft, deren gesellschaftlicher Charakter unbestreitbar ist. Ebenso haben bedeutende Juristen des Mittelalters, besonders Pothier, Jousse und die beiden Savary in Frankreich, Carpzow, Wernher, Hommel und Gaill in Deutschland, stets die Ansicht vertreten, daß die Beteiligung an einem fremden Handelsgewerbe mit einer Einlage gegen Anteil an Gewinn und Verlust eine „Gesellschaft“ oder „Maskopey“ sei.[6])

Überblicken wir die bisher gewonnenen Ergebnisse nunmehr im Zusammenhange, so ergibt sich folgendes:

---

[6]) Renaud S. 22, 26, 27.

Die stille Gesellschaft in ihrer regelmäßigen Form zeigt eine ganze Anzahl von Übereinstimmungen, aber noch mehr Verschiedenheiten vom Darlehen. Da diese Unterschiede vom Darlehen aber derart überwiegen, daß unseres Erachtens auf sie das Hauptgewicht gelegt werden muß, so sind wir zu dem Resultate gekommen, daß die stille Gesellschaft sich nicht unter den Begriff des Darlehens einordnen läßt.

Nunmehr haben wir festgestellt, daß mannigfache Kennzeichen dafür sprechen, daß die stille Gesellschaft als eine wahre Gesellschaft aufzufassen sei. Daher muß nun noch untersucht werden, ob nicht etwa, genau wie gegen die Auffassung als Darlehen, auch gewichtige Gründe gegen die Annahme einer Gesellschaft geltend zu machen sind. Denn die Meinungsverschiedenheiten in der gemeinrechtlichen Literatur rührten ja hauptsächlich daher, daß die einen das Hauptgewicht auf die gesellschaftlichen Merkmale legten, die anderen dagegen auf diejenigen Punkte, welche gegen eine Gesellschaft, also für ein Darlehen sprechen.

Es handelt sich also jetzt darum, festzustellen, welcher Form der Gesellschaft die stille Gesellschaft entsprechen könnte, und ob sie dieser wirklich entspricht.

In denjenigen Werken der gemeinrechtlichen Literatur, welche unser Rechtsinstitut für eine Gesellschaft erklären, wird dasselbe stets als eine Sozietät aufgefaßt. Untersuchen wir also, ob dies wirklich zutrifft.

Die societas „ist eine vertragsmäßige Vermögensgemeinschaft".[7])

Die erste Voraussetzung einer Sozietät ist also ein Gesellschaftsvertrag; ein solcher wird auch bei der stillen Gesellschaft stets vorliegen, so daß sich hier nichts Besonderes ergibt.

Die Eigenart dieses Gesellschaftsvertrages liegt darin, daß in ihm der „animus contrahendae societatis" zum Ausdruck kommt,[8]) d. h. die Absicht gemeinsamer Förderung eines gemeinsamen Zweckes. Sehen wir zu, ob dies bei der stillen Gesellschaft der Fall ist!

Ein gemeinsamer Zweck soll durch gemeinsame Tätigkeit gefördert werden. Dazu gehört, daß der Zweck einerseits von den Parteien gemeinsam, also gleichmäßig, gewollt ist, und andererseits, daß er ihnen allen zugute kommt.

Um das erste Erfordernis zu erfüllen, ist es unbedingt erforderlich, daß bei den Parteien der Wille vorhanden ist, sich gegenseitig als Genossen anzunehmen, um zu dem gemeinschaftlichen Zwecke zusammenzuwirken.[9]) Es muß ein Vertrauensverhältnis entstehen, durch das alle Gesellschafter prinzipiell auf die gleiche wirtschaftliche und gesellschaftliche Stufe gestellt werden[10]): „societas ius quodammodo frater-

[7]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 341.

[8]) Dernburg a. a. O. S. 342.

[9]) Crome S. 376.

[10]) Crome S. 10.

nitatis in se habet".[11]) Daher sind alle egoistischen Zwecke, alle Sonderinteressen völlig ausgeschlossen.[12])

Dieses erste Erfordernis ist bei der stillen Gesellschaft vollauf erfüllt. Der gemeinsame Zweck ist ein wirtschaftlicher, nämlich der, aus dem Betriebe eines Handelsgewerbes Gewinn zu ziehen. Der Geschäftsinhaber fördert diesen Zweck dadurch, daß er seine Kräfte und event. auch Geldmittel dem Betriebe des Handelsgewerbes widmet, der stille Gesellschafter dadurch, daß er dem Inhaber Mittel zuführt und somit Gelegenheit zur Erzielung besserer Ergebnisse bietet.

Gemeinsam ist dieser Zweck sicherlich beiden Teilen; denn der stille Gesellschafter ist mit dem Schicksale des Geschäftsinhabers auf das engste verknüpft. Von dem Gedeihen des Geschäfts hängt es ab, ob er überhaupt einen Gewinn erzielt, und wie groß dieser ist.

Auch stehen beide Gesellschafter einander gleich. Zwar tritt nach außen hin der Inhaber selbständig auf; er braucht sich bei der Geschäftsführung um Weisungen und Forderungen des stillen Gesellschafters nicht zu kümmern. Aber andererseits steht auch der stille Gesellschafter dem Komplementar als völlig selbständiger, gleichberechtigter Genosse gegenüber. Er hat seine gesetzlichen Kontrollrechte, ihm kann seine Einlage nicht wie ein Darlehen gekündigt werden, sondern in einem solchen

---

[11]) l. 63 pr. D. XVII, 2.

[12]) Oertmann S. 580; Crome S. 376.

Falle muß die Kündigung und Auflösung der Gesellschaft erfolgen.

Ebenso erfüllt die stille Gesellschaft auch das zweite Erfordernis, daß nämlich der Erfolg allen Gesellschaftern zugute kommt. Denn, wie schon oben bei der Unterscheidung unseres Rechtsinstituts vom Darlehen hervorgehoben wurde, beide Teile sind wirtschaftlich abhängig von dem erzielten Erfolge[13]), andererseits kommt aber auch jeder Erfolg beiden Teilen zugute.

Gerade in diesen letzten Punkten unterscheidet sich die stille Gesellschaft von den partiarischen Rechtsgeschäften, vor allem der stille Gesellschafter vom commis interessé.

Das Verhältnis des commis interessé ist das der Dienstmiete mit Gewinnbeteiligung.[14]) Der allerletzte Endzweck, die Erzielung eines möglichst hohen Gewinns, ist zwar beiden Parteien gemeinsam. Doch nicht gleiche Interessen sind es, die auf dieses Ziel hinstreben, sondern meistens „liegt eine Kombination diametral entgegengesetzter Interessen vor, die in dem abgeschlossenen Vertrage nach Ausgleich ringen. Dieses Bedürfnis des Ausgleichs weist die Parteien aufeinander hin, so daß sie zur Erreichung eines und desselben Zweckes zusammenwirken".[15]) Diese Interessen kollidieren fortwährend miteinander; der Kommis will nur einen mög-

[13]) v. Borch S. 28/29.

[14]) Lehmann-Ring Anm. 2 zu § 335.

[15]) Crome S. 147.

lichst hohen augenblicklichen Gewinn erzielen, der Geschäftsherr hat mehr ein dauerndes Gedeihen des Betriebes im Auge und ist daher bestrebt, Verbesserungen einzuführen und Reserven bereitzustellen.[16])

Ebensowenig wie ein gemeinsamer Zweck liegt eine gemeinsame Förderung vor. Der Geschäftsherr allein erwirbt, er allein macht Gewinn und Verlust und gibt dem Kommis nur seinen Gewinnanteil ab. Dabei ist er nicht verpflichtet, den Zweck zu fördern; er kann kostspielige Versuche unternehmen, die Preise herabsetzen u. a. m., ohne daß der andere Teil dem widersprechen dürfte.[17])

Der commis interessé steht eben dem Geschäftsherrn nicht gleich; es liegt ein Dienstvertrag vor,[18]) so daß der Kommis seinem Prinzipal unbedingt zu gehorchen hat, er bleibt immer Untergebener. Infolgedessen kann er auch jederzeit entlassen werden, ohne daß von einer „Auflösung" oder „Auseinandersetzung" die Rede sein kann. Ebensowenig kann natürlich den Gläubigern des Handlungsgehilfen ein Kündigungsrecht nach Analogie des § 339 BGB. gegeben werden.[19])

Um es also noch einmal zusammenzufassen: der commis interessé ist nicht Gesellschafter, sondern Dienst-

---

[16]) vgl. Elsoffer S. 30.

[17]) Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 390 und Entsch. d. ROHG. Bd. 1 Nr. 58.

[18]) Entsch. d. ROHG. a. a. O.

[19]) Lehmann-Ring Anm. 11 zu § 59.

verpflichteter; seine Leistungen sind keine Einlage, sondern Erfülllung der Dienstobliegenheit; sein Gewinnanteil ist Lohn, kein gesellschaftliches Recht.[20])

In gleicher Weise unterscheidet sich die stille Gesellschaft von dem partiarischen Darlehen, dem Darlehen, bei welchem dem Darlehnsgeber neben den Zinsen oder statt derselben ein Anteil am Gewinne gewährt wird. Auch hier ist der Gegenstand des Vertrages nicht der gemeinschaftliche Betrieb eines Handelsgewerbes, sondern die Hingabe eines Darlehens. Die Gewinnbeteiligung ist nicht als Anteil am Gewinne im Sinne des § 722 BGB. anzusehen, sondern als „die vereinbarte Vergütung (§ 611 BGB.) bezw. als der Ersatz für den dem Gläubiger entgehenden Genuß des Kapitals".[21]) Im übrigen ist hier die Unterscheidung praktisch meistens sehr schwierig. Es wird in der Regel darauf ankommen, ob in dem Vertrage ein Vergesellschaftungswille zu finden ist, insbesondere ob der Darlehnsempfänger seinem Gläubiger gegenüber zur Förderung des Handelsgewerbes verpflichtet ist, und ob letzterem die Kontrollrechte des stillen Gesellschafters eingeräumt sind.[22])

Die erste Voraussetzung des Sozietätsbegriffes, nämlich ein Vertrag, in dem der animus contrahendae societatis zum Ausdrucke kommt, wäre also durch die stille Gesellschaft erfüllt.

---

[20]) Lehmann-Ring Anm. 2 zu § 335.

[21]) Goldmann-Lilienthal S. 730 Anm. 11.

[22]) vgl. Goldmann-Lilienthal S. 731 Anm. 12.

Wenden wir uns nun dem zweiten Erfordernis der Sozietät zu, nämlich der durch den Vertrag begründeten Vermögensgemeinschaft. Diese Vermögensgemeinschaft wird regelmäßig in Miteigentum bestehen. Doch ist dies nicht unbedingt erforderlich. Vielmehr genügt es, „wenn durch gegenseitige Verbindlichkeiten die Verwendung zu gemeinsamen Zwecken festgestellt wird".[23])

Selbst hierunter paßt jedoch die stille Gesellschaft nicht, da bei ihr die Einlage des Stillen in das Vermögen des Komplementars übergehen muß. Infolgedessen ist es nunmehr unmöglich, die stille Gesellschaft unter den Begriff der Sozietät unterzuordnen; denn in keinem Falle kann eine Sozietät in der Weise begründet werden, daß der eine Gesellschafter das Eigentum an seiner Einlage zugunsten seiner Mitgesellschafter aufgibt: „nemo societatem contrahendo suae rei dominus esse desinit".[24])

Diesen Umstand übergeht Renaud[25]) vollständig; Behrend[26]) sucht den Widerspruch zu beseitigen, indem er einen weiteren, wirtschaftlichen Sozietätsbegriff aufstellt. Allein auch damit ist nichts erreicht; solange wir eine Sozietät annehmen wollen, bildet die l. 13 § 1 D. XIX, 5 ein unüberwindliches Hindernis.

Doch können wir m. E. auf einem andern Wege zu dem Resultate kommen, daß die stille Gesellschaft, wenn

[23]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 341.

[24]) l. 13 § 1 D. XIX, 5.

[25]) Renaud S. 90—95.

[26]) Behrend Bd. 1 S. 665/66.

auch keine societas, so doch allgemein eine Gesellschaft im Rechtssinne ist.

In zahlreichen Gesetzen und Einzelbestimmungen bietet uns unser geltendes Recht Rechtsverhältnisse, welche als „Gesellschaften" bezeichnet sind. So haben wir eine Aktiengesellschaft, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine offene Handelsgesellschaft, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Für jede dieser Gesellschaftsarten ist eine Definition aufgestellt; dagegen fehlte uns bis vor kurzem völlig ein gemeinsamer Oberbegriff, der wirtschaftlich und rechtlich alle einzelnen Gesellschaftsbegriffe umfaßt, mag es sich um eine Gemeinschaft zur gesamten Hand oder um eine Sozietät oder um ein sonst irgendwie konstruiertes Gebilde handeln. Dabei ist dieser Oberbegriff durch Abstraktion aus den Wesensformen sämtlicher Gesellschaftsarten leicht zu gewinnen. Das Ergebnis ist m. E. folgendes: Gesellschaft ist die vertragsmäßige Vereinigung mehrerer zur gemeinsamen Förderung eines gemeinsamen Zweckes.[27])[28])

---

[27]) Genau denselben Begriff haben wir bereits weiter oben als den im Sozietätsvertrage zum Ausdruck kommenden animus contrahendae societatis erkannt. Nur war dort der reine Begriff dadurch verschwommen, daß bereits eine besondere Form zur Verwirklichung des Zweckes vorgeschrieben war, nämlich eine Vermögensgemeinschaft.

[28]) vgl. Behrend S. 665 Anm. 42; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 606.

Daß die stille Gesellschaft unter den Begriff einer vertragsmäßigen Vereinigung mehrerer zur gemeinsamen Förderung eines gemeinsamen Zweckes fällt, ist soeben nachgewiesen worden.

Gegen die Auffassung der stillen Gesellschaft als Gesellschaft liegt nunmehr nur noch ein Bedenken vor, das Lübbert[29]) erhebt. Dieser führt aus, die stille Gesellschaft könne keine Gesellschaft sein, da ihr ein Bestehen zwischen nur zwei Kontrahenten wesentlich sei, andererseits das Merkmal des Gesellschaftsvertrages die Verbindung zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes sei. Diese beiden Sätze ließen sich nicht vereinigen, „ein gemeinsamer Zweck könne nicht das Merkmal eines Rechtsverhältnisses sein, das begrifflich auf zwei Parteien beschränkt sei.“[30]) Für diese Behauptung hat Lübbert m. E. einen zwingenden Beweis nicht erbracht, so daß sie als zu weitgehend abzulehnen ist.[31])

Somit können wir jetzt die stille Gesellschaft als eine wirkliche Gesellschaft bezeichnen, wobei wir allerdings für die Gesellschaft den oben aufgestellten, abstrahierten Begriff angenommen haben.

Vergleichen wir einmal diesen Begriff mit der Definition, die das Bürgerliche Gesetzbuch in § 705 für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft gibt. Dieser Para-

---

[29]) Lübbert S. 503—508.

[30]) Ogrowsky S. 8.

[31]) vgl. Ogrowsky S. 8.

graph lautet: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten".

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt also als Merkmal für seine Gesellschaft die vertragsmäßige Vereinigung mehrerer zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes auf; der Begriff der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs deckt sich daher völlig mit unserem durch Abstraktion aus den anderen Gesellschaften gewonnenen Gesellschaftsbegriff.

Wir können also als das Hauptergebnis dieses ersten Teiles unserer Arbeit folgende Behauptung aufstellen:

Das Rechtsverhältnis der stillen Gesellschaft ist das einer wahren Gesellschaft.

Weiter hat sich bereits ergeben, daß der Begriff dieses Rechtsverhältnisses dem Begriffe der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches entspricht. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, ob die eigenartige Gestaltung, die dieser Begriff in der stillen Gesellschaft gefunden hat, es möglich macht, mit den Mitteln, die uns der konstruktive Ausbau der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs bietet, auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts innerhalb des Rahmens der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine stille Gesellschaft zu konstruieren.

Die Aufgabe unserer Arbeit hat sich m. a. W. dahin

zugespitzt: Lassen sich die eigenartigen Merkmale der stillen Gesellschaft mit den Eigenheiten der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang bringen?

II. Die „stille Gesellschaft des bürgerlichen Rechts".

1. Allgemeiner Teil.

§ 5.

a) Stille Gesellschaft und Gesamthandsprinzip.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt in seiner Regelung des Gesellschaftsrechtes für die Gesellschaft vor allem drei Erfordernisse auf: einen Gesellschaftsvertrag (§ 705), die Bildung eines Gesellschaftsvermögens aus den Beiträgen der Gesellschafter (§§ 718 ff.) und ein Hervortreten der Gesellschaft als solche nach außen hin (§§ 709 ff.).

Daß die stille Gesellschaft das erste Erfordernis, das der vertragsmäßigen gegenseitigen Verpflichtung zur gemeinsamen Förderung eines gemeinsamen Zweckes, vollauf erfüllt, ist bereits nachgewiesen worden. Es handelt sich also nunmehr darum, ob sich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Bildung eines Gesellschaftsvermögens mit der eigenartigen Gestaltung der stillen Gesellschaft in Einklang bringen lassen.

Die stille Gesellschaft besitzt unzweifelhaft kein Gesellschaftsvermögen; vielmehr ist nur die Vermögens-

masse des Geschäftsinhabers vorhanden, die durch die Einlage des stillen Gesellschafters noch vergrößert wird.

Nun ist aber ein gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter gar kein wesentliches Erfordernis für das Vorhandensein einer Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In § 705 wird nur die Förderung des Gesellschaftszweckes verlangt, „insbesondere durch Beiträge". Deshalb wird zwar, da die Beiträge in der Regel Vermögenswert haben werden, in den meisten Fällen ein Gesellschaftsvermögen vorhanden sein. Jedoch ist dies begrifflich für die Entstehung und den Bestand der Gesellschaft nicht unbedingt erforderlich.[1]) Daher sind Gesellschaften mit idealen Zwecken ohne Gesellschaftsvermögen sehr wohl denkbar.[2])

Wenn jedoch Beiträge der Gesellschafter geleistet werden, insbesondere solche mit Vermögenswert, so gehen diese wie die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände nach § 718 in das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter über. Hiernach erzeugt der Gesellschaftsvertrag zwischen den Gesellschaftern außer obligatorischen noch dingliche Wirkungen, so daß also die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein nach dem Prinzipe der gesamten Hand gebundenes Vermögen besitzt.[3])

---

[1]) vgl. Goldmann-Lilienthal S. 734; RG. in JurW. 1903 Beil. 2 S. 17; Nagler S. 730.

[2]) vgl. Schollmeyer S. 142.

[3]) vgl. v. Borch S. 31/32.

Zwecks näherer Untersuchung der Frage, welche Bedeutung dieser Umstand für die Subsumierung der stillen Gesellschaft unter die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat, ist es nötig, zunächst den Inhalt des Gesamthandsprinzips überhaupt festzustellen.

Die gesamte Hand ist ein ganz bestimmter Rechtsbegriff; allerdings ist sie kein einheitliches Rechtsinstitut, sondern ein Rechtsmotiv, ein Rechtsprinzip, welches den verschiedensten Rechtsinstituten zugrunde liegt.[4]) Insbesondere hat das germanische Recht „eine genossenschaftliche Form der personenrechtlichen Gemeinschaft entwickelt, bei welcher die Teilhaber (Gemeiner, Ganerben, Gesellen) in ihrer genossenschaftlichen Verbundenheit (Gemeinderschaft, Ganerbschaft, Gesellschaft) Subjekte eines Gesamtbereiches sind.“[5]) Der Name „gesamte Hand“, der für ein solches Gemeinschaftsverhältnis gebräuchlich geblieben ist, entstammt dem Brauche, die Verbundenheit der Personen bei Gemeinschaftshandlungen durch das Sinnbild verschlungener Hände zu veranschaulichen.[6]) Ist dieses, wie viele andere äußere Sinnbilder, heute auch weggefallen, der innere Gehalt des Rechtsgedankens ist in keiner Weise zerstört worden.[7])

---

[4]) Heusler Bd. 1 S. 227; Gierke, Theorie S. 342.

[5]) Gierke, Grundriß d. PrivR. S. 473.

[6]) vgl. Gierke, Grundriß d. PrivR. S. 473.

[7]) vgl. Gierke, Theorie S. 342.

Der Gedanke, welcher allen vom Gesamthandsprinzipe beherrschten Rechtsverhältnissen zugrunde liegt, ist der des „Einflusses einer Verbundenheit der Subjekte auf eine unter ihnen bestehende Vermögensgemeinschaft“.[8]) Eine durch ein solches Rechtsband vereinigte Gruppe ist jedoch keine juristische Person; denn es ist kein von dem Einzelwillen losgelöster und selbständig verkörperter Gesamtwille vorhanden, da ja der Einzelwille jedes einzelnen für die Bildung des herrschenden gemeinschaftlichen Willens wesentlich ist.[8]) Andererseits ist eine solche Gruppe auch nicht eine bloße Vielheit von Einzelpersonen, welche nur durch die Beziehungen zu demselben Herrschaftsobjekt miteinander verbunden sind. „Denn sie sind zuvörderst in ein Verhältnis gegenseitiger Willensgebundenheit gesetzt und nur als Träger der hiermit gegebenen Willensgemeinschaft zur Herrschaft berufen.“ [8]) Aus diesen Begriffsbestimmungen ergibt sich jedoch nur eine leere Formel, „denn eine abstrakte Verbundenheit von Individuen gibt es nicht“.[8]) Infolgedessen erhält das Gesamthandsprinzip einen Inhalt erst „durch den besonderen Inhalt des ihre Subjekte umschlingenden Bandes“.[9])

Die Wirkungen dieses Prinzips sind also völlig verschieden, da sie ja von der Beschaffenheit des personenrechtlichen Bandes abhängig sind. Infolgedessen

---

[8]) Gierke, Theorie S. 343.

[9]) Gierke a. a. O. S. 344.

ist das Gesamthandsprinzip ein elastisches Gebilde;[10]) es kann vollkommen ungleichmäßig verwendet und ebenso stärker oder schwächer durchgeführt werden.[11]) In seinem Rahmen haben nebeneinander eine der römischen Sozietätsobligation nahestehende Einzelbeziehung zwischen zwei Personen und eine der Korporation sich nähernde Verbindung einer Personenmehrheit zu einer kollektiven Personeneinheit Platz.[12])

Seine Wirkung ist jedoch immer die, daß es von dem Personenrechte ausgehend die von ihm ergriffenen Rechtsverhältnisse umgestaltet.[11]) Also ist das Wesen der gesamten Hand überhaupt „die vermögensrechtliche Wirksamkeit einer personenrechtlichen Gemeinschaft".[13])

Demgemäß entsprechen der Verschiedenheit des personenrechtlichen Bandes bei den einzelnen vom Gesamthandsprinzip beherrschten Gesellschaftsarten auch Verschiedenheiten der rechtlichen Konstruktion des Gesellschaftsvermögens.[14]) Je stärker die subjektive Verbundenheit durchgeführt ist, desto stärker tritt die objektive Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens, seine Sonderung von dem sonstigen Vermögen der Teilhaber hervor. Je loser aber das personenrechtliche Band

---

[10]) Gierke, PrivR. Bd. 1 S. 669.

[11]) Gierke, Grundriß d. PrivR. S. 473.

[12]) Gierke, Genossenschaft Bd. 2 S. 944.

[13]) Gierke, Theorie S. 353.

[14]) vgl. Gierke, Theorie S. 460.

ist, desto weniger wirkt die Verbundenheit auf das Vermögen. So kann sich die gesamte Hand schließlich „zu einem rein ideellen Bande verflüchtigen“.[15])

In unserem geltenden Rechte tritt die Durchführung des Gesamthandsprinzips am stärksten hervor bei den Handelsgesellschaften. Bei ihnen zeigt sich die subjektive Einheit in der Gesellschaftsfirma; den objektiven Niederschlag dieser subjektiven Personeneinheit bildet das Gesellschaftsvermögen.[16]) Hieraus erklären sich dann alle Besonderheiten in der rechtlichen Natur der Handelsgesellschaften.

In viel beschränkterem Maße ist dagegen das Gesamthandsprinzip bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts durchgeführt.[17]) Vor allem fehlt dieser Gesellschaft das charakteristische Merkmal der subjektiven Personeneinheit, die Gesellschaftsfirma,[18]) und auf dieser Verschiedenheit des personenrechtlichen Bandes beruhen alle Unterschiede, die sich in der objektiven Einheit der Handelsgesellschaften und der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs zeigen.[19]) Daher „erreicht bei der Handelsgesellschaft die Verselbständigung der abstrakten Vermögenseinheit durch die kapitalistische Auffassung und Struktur des Geschäftsvermögens ihren

[15]) Gierke, Grundriß d. PrivR. S. 473.

[16]) Gierke a. a. O. S. 456, Arch. S. 123.

[17]) vgl. Knoke S. 22.

[18]) vgl. Elsoffer S. 34.

[19]) vgl. Gierke, Arch. S. 119.

Höhepunkt“,[20]) bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs dagegen kann mangels der kräftigen subjektiven Einheit ein Gesellschaftsvermögen schließlich ganz fehlen.

Ist aber einmal ein Gesellschaftsvermögen bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vorhanden, dann zeigen sich auch die Wirkungen des Gesamthandsprinzips, nämlich der Mangel der Verfügungsbefugnis der einzelnen Gesellschafter über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen (§ 719 Abs. 1 BGB.), das Aufrechnungsverbot des § 719 Abs. 2 BGB., die Gebundenheit des ganzen Gesellschaftsvermögens zur Deckung der Gesellschaftsschulden (§ 733 BGB.) und das Erfordernis eines vollstreckbaren Titels gegen alle Gesellschafter zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen (§ 736 ZPO.).[21])

Alles dies fehlt bei der stillen Gesellschaft. Bei ihr ist stets der Komplementar allein berechtigt und verpflichtet, also gibt es auch keine Gesellschaftsforderungen, keine Gesellschaftsschulden. Bei dem Mangel einer Personeneinheit und eines Gesellschaftsvermögens ist die stille Gesellschaft überhaupt unvereinbar mit einer Gesellschaft zur gesamten Hand; sie ist vielmehr ein besonders ausgeprägter Typus einer einfachen Sozietät, ein reines Schuldverhältnis nach Art der römischrechtlichen societas.[22])

---

[20]) Gierke, Theorie S. 364/65.

[21]) vgl. v. Borch S. 32.

[22]) Gierke, Arch. S. 135; Grundriß d. HR. S. 930, 943.

Demgemäß wäre unser Versuch, die stille Gesellschaft für eine Unterart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu erklären, als gescheitert anzusehen. Da erhebt sich jedoch die Frage: ist das Gesamthandsprinzip überhaupt für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wesentlich?

Sämtliche Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Schuldverhältnisse sind im Zweifel dispositiver Natur;[23]) sollen gewisse Bestimmungen ausnahmsweise ius cogens sein, so muß sich dies durch besondere Umstände erklären.[24]) Ist das nun bei den die Gesamthand einführenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Fall?

Bereits im gemeinen Rechte war es nach dem Satze „pactum dat legem contractui" unzweifelhaft zulässig, das Sozietätsrecht vertragsmäßig im Sinne des Gesamthandsprinzips zu modifizieren.[25]) Nun hat das Bürgerliche Gesetzbuch umgekehrt die Gesellschaft zur gesamten Hand als Normalfall eingeführt. Dies geschah nicht etwa im Interesse Dritter, sondern lediglich im Interesse der Gesellschafter, weil diese Gestaltung „dem inneren Verhältnisse und dem Zwecke der Gesellschaft wie auch der regelmäßigen Absicht der Parteien mehr entspricht als die römischrechtliche Regelung"[26]) und ins-

[23]) Goldmann-Lilienthal S. 117 Anm. 11.

[24]) Knoke S. 23.

[25]) Gierke, PrivR. Bd. 1 S. 672.

[26]) Denkschr. z. BGB. S. 87.

besondere größere Sicherheit für die Erreichung des gemeinsamen Zweckes gewährt.[27]) Denn das Gesamthandsprinzip schützt die Gesellschaft gegen die Gefahr, daß die Erreichung des gemeinsamen Zweckes durch Verfügungen einzelner Gesellschafter oder ihrer Gläubiger über das Gesellschaftsvermögen vereitelt wird.[28]) Glauben die Gesellschafter jedoch, gegen diese Gefahr gesichert zu sein und durch eine anderweitige Regelung ihren Zweck besser erreichen zu können, so liegt kein Anlaß vor, ihnen das zu verbieten.[29])

Für die Ansicht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner Regelung der Gesellschaftsverhältnisse gewissermaßen nur den Entwurf eines Gesellschaftsvertrages biete, der durch die Parteien jederzeit ergänzt oder abgeändert werden kann,[30]) spricht insbesondere noch der Umstand, daß in der Begriffsbestimmung des § 705 BGB. jeder Hinweis darauf fehlt, daß die Gesellschaft eine Gemeinschaft zur gesamten Hand nach sich ziehen müsse. Unterschied sich doch der entsprechende § 629 Abs. 1 des 1. Entw. in dieser Hinsicht durchaus nicht von dem jetzigen § 705, obgleich dieser § 629 die Bestimmungen eines individualistisch gestalteten Gesellschaftsrechts einleitete![31])

---

[27]) vgl. Knoke S. 7.

[28]) Denkschr. z. BGB. S. 87.

[29]) Knoke S. 23.

[30]) vgl. v. Borch S. 30/31.

[31]) vgl. Knoke S. 23.

Nunmehr kommen wir zu dem Resultate: Die Gesellschafter können vertragsmäßig die gesamte Hand ausschließen und bestimmen, daß die Beiträge der Gesellschafter in das Vermögen nur eines Gesellschafters fallen sollen. Also ist eine „stille Gesellschaft des bürgerlichen Rechts“ möglich, „d. h. eine Gesellschaft, die dem Gesellschaftsbegriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches entspricht, obwohl sie kein den Gesellschaftern zur gesamten Hand gehörendes Sondergesellschaftsvermögen besitzt“.[32])[33])

§ 6.

b) Die stille Gesellschaft eine bloße Innengesellschaft.

Gegen die Möglichkeit einer Übertragung der stillen Gesellschaft auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts ließe sich jetzt nur noch ein Bedenken erheben: Die stille Gesellschaft ist ihrem ganzen Wesen nach ein bloßes Innenverhältnis, eine Innengesellschaft; die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches dagegen ist

---

[32]) Elsoffer S. 36.

[33]) Gierke, Arch. S. 135, Grundriß d. HR. S. 943; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 611; Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 393 Nr. 5; Oertmann S. 783; Kober-Staudinger S. 540; v. Thur, DJZ. 1900 S. 348; Staub Anm. 3 zu Exkurs zu § 342; Goldmann-Lilienthal S. 761; Lehmann-Ring S. 686; Knoke S. 24; Denkschr. z. HGB. S. 182; Entsch. d. RG. Bd. 45 S. 39/40; v. Borch S. 31; Elsoffer S. 46; Fränkel S. 12; Franck S. 14; Loewy S. 18; Weiser S. 19.

eine Außengesellschaft, ihr Hervortreten nach außen ist im Gesetz eingehend geordnet.

Diesen Einwand könnte man jedoch nur dann als durchgreifend erachten, wenn man der Ansicht wäre, daß ein Hervortreten nach außen begrifflich ein wesentliches Erfordernis der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches sei, daß also eine Gesellschaft, deren Bedeutung sich in ihrer Wirkung auf das Innenverhältnis erschöpft und die nach außen überhaupt nicht als solche erkennbar ist, nicht als Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches betrachtet werden könne.[1])

Diese Auffassung ist aber nicht richtig. Denn einerseits fehlt in der Bestimmung des Gesellschaftsbegriffes durch den § 705 jeder Hinweis, der für diese Ansicht einen Anhaltspunkt geben könnte. Andererseits zeigen gerade diejenigen Bestimmungen, welche das Hervortreten der Gesellschaft nach außen hin ordnen, daß das Gesetz selbst mit dem häufigen Vorkommen einer bloßen Innengesellschaft im praktischen Leben rechnet.

Denn die Führung der Gesellschaftsgeschäfte, in der sich in den meisten Fällen das Hervortreten nach außen hin erschöpft, steht zwar in der Regel den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (§ 709 BGB.). Doch kann die Geschäftsführung nach § 710 BGB. im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter übertragen werden, so daß die übrigen Gesellschafter von ihr ausgeschlossen sind.

---

[1]) vgl. Loewy S. 19.

Dieser Zustand entspricht genau dem der stillen Gesellschaft mit dem einzigen Unterschiede, daß der stille Gesellschafter eben grundsätzlich und begrifflich an der Geschäftsführung nicht beteiligt ist.

Allerdings scheint jetzt noch ein Gegensatz zu bestehen infolge der Bestimmung des § 712 BGB. Nach diesem kann nämlich durch einstimmigen Beschluß der ausgeschlossenen Gesellschafter dem Geschäftsführenden die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Diese Befugnis kann natürlich dem stillen Gesellschafter nicht gewährt werden, da er sich jeder Einmischung in die Geschäftsführung zu enthalten hat. Jedoch erreicht der stille Gesellschafter denselben Erfolg durch das Kündigungsrecht des § 339 HGB., das ihm auch gerade für den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes gegeben ist. Auf diese Weise ist die Bestimmung des § 712 BGB., die mit dem ganzen Wesen der stillen Gesellschaft im Widerspruch steht, völlig ersetzt. Natürlich ist die Wirkung der Maßregel des § 339 HGB. viel weitgehender als die des § 712 BGB. Dies erklärt sich einfach daraus, daß in dem Moment, wo der stille Gesellschafter dem Komplementar die Geschäftsführung nicht mehr überlassen zu können glaubt, ein weiteres Bestehen der Gesellschaft völlig ausgeschlossen ist, während bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches, bei der mehr als zwei Gesellschafter vorhanden sein können, an Stelle des Ausgeschlossenen jederzeit ein anderer eintreten kann.

Fassen wir nun noch einmal die Ergebnisse unserer bisherigen Untersuchung zusammen, so ergibt sich:

Die stille Gesellschaft ist eine wahre Gesellschaft. Diese Gesellschaft läßt sich trotz ihrer Eigenheiten mit dem Wesen der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang bringen.

Somit ist m. E. der Satz jetzt völlig bewiesen: das Rechtsverhältnis der stillen Gesellschaft kann auch auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vorkommen.

In dem folgenden Teile sollen nun noch die Einzelheiten dieser stillen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts systematisch dargestellt werden.

2. Besonderer Teil.

§ 7.

a) Errichtung.

Die stille Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches entsteht stets durch Vertrag (§ 705 BGB.). Eine besondere Form ist für diesen Vertrag nicht vorgeschrieben; daher ist nur in den Fällen der §§ 311, 313 BGB. gerichtliche oder notarielle Beurkundung notwendig, also dann, wenn der stille Gesellschafter sich verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil desselben oder ein Grundstück als Einlage in das Vermögen des Komplementars zu übertragen.

Fraglich ist es, ob die Willenserklärung, durch die

der Vertrag abgeschlossen wird, eine ausdrückliche sein muß, oder ob ein Abschluß durch konkludente Handlungen genügt. Für die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches wird letzteres fast allgemein als genügend erachtet,[1]) für die stille Gesellschaft ist es sehr bestritten, „weil der Vertrag gewisse Feststellungen erfordere, welche, wie die Einlage des stillen Gesellschafters, ihrer Natur nach nur mittels ausdrücklicher Regelung möglich seien".[2])

Im praktischen Leben dürfte letzteres meistens zutreffend sein; ja wegen der großen Menge wichtiger Feststellungen, die im Vertrage fast stets zu treffen sind, werden die Verträge in der Regel nicht nur ausdrücklich, sondern sogar schriftlich geschlossen werden. Geht aber ausnahmsweise aus konkludenten Handlungen nicht nur die Absicht hervor, eine bürgerlichrechtliche stille Gesellschaft zu schließen, sondern ergeben sich aus ihnen auch alle notwendigen Einzelheiten, dann steht m. E. nichts im Wege, auch diesen stillschweigend geschlossenen Vertrag als gültig anzuerkennen.[3])

Was den Inhalt des Vertrages angeht, so sind besondere Vorschriften dafür nicht gegeben. Erforderlich

---

[1]) Ebert bei Fischer-Henle Anm. 1 zu § 705; Goldmann-Lilienthal S. 734; Oertmann S. 761; Mot. Bd. 2 S. 594.

[2]) Renaud S. 98.

[3]) vgl. Bauer S. 30; v. Borch S. 37; Lehmann-Ring S. 667 Nr. 12; Loewy S. 22; Elsoffer S. 39; Staub Anm. 24 zu 335.

ist daher zunächst, daß die Absicht, eine stille Gesellschaft zu schließen, deutlich zutage tritt.[4])

Infolgedessen ist es unerheblich, welche Bezeichnung die Parteien dem entstehenden Rechtsverhältnisse beilegen, wenn sich aus festgesetzten Einzelheiten ergibt, daß in der Tat ein anderes Rechtsverhältnis gemeint ist. Daher kann z. B. eine stille Gesellschaft entstanden sein, während in dem Vertrage von einem „Darlehen" die Rede ist, dem Dahrlehnsgeber aber Kontrollrechte usw. eingeräumt sind, — und umgekehrt.[5])

Daß eine bürgerlichrechtliche stille Gesellschaft, wie eine solche des Handelsrechts, begrifflich nur zwischen zwei Kontrahenten begründet werden kann, ist selbstverständlich. Hinsichtlich der Fähigkeit, einen solchen Vertrag abzuschließen, gelten die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für beide Parteien, so daß also jede Person, juristische wie natürliche, sich bei einer bürgerlichrechtlichen stillen Gesellschaft als Komplementar oder als stiller Gesellschafter beteiligen kann.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich die Abgrenzung der Anwendungsgebiete der handelsrechtlichen und der bürgerlichrechtlichen stillen Gesellschaft. Das Handelsgesetzbuch stellt im § 335 Abs. 1 für den Komplementar das Erfordernis auf, daß er ein Handelsgewerbe be-

[4]) Lehmann-Ring S. 667 Nr. 13.

[5]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 166, Bd. 30 S. 57; Entsch. d. ROHG. Bd. 12 S. 98.

treiben, also Kaufmann sein muß. Diese Kaufmannseigenschaft kann sich aus den §§ 1, 2 oder 3 HGB. ergeben; der Geschäftsinhaber kann auch Minderkaufmann sein, da ja nach § 4 HGB. durch eine Vereinigung zum Betriebe eines Minderhandelsgewerbes nur keine offene Handelsgesellschaft und keine Kommanditgesellschaft begründet werden können.[6])

Eine stille Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist daher dann vorhanden, wenn der, an dessen Gewerbe man sich beteiligt, kein Kaufmann ist, wenn also sein Gewerbe kein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1, 2 u. 3 Abs. 2 HGB. ist. Auf diese Weise entsteht eine bürgerlichrechtliche stille Gesellschaft durch Beteiligung an allen Betrieben, die einerseits nicht unter den § 1 HGB. fallen und andererseits nicht nach § 2 HGB. als Handelsgewerbe zu betrachten sind, z. B. durch Beteiligung an dem Baugeschäfte eines nicht eingetragenen Bauunternehmers.[7]) Ferner wird durch die Beteiligung als stiller Gesellschafter an einem land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe, wenn es nicht gerade ein nach § 3 Abs. 2 HGB. ins Handelsregister eingetragenes Nebengewerbe ist, stets eine bürgerlichrechtliche stille Gesellschaft entstehen.[8])

---

[6]) vgl. Cosack, HR. S. 543; Marcus S. 111; Staub Anm. 9 zu § 335.

[7]) vgl. Staub Anm. 7 zu § 335.

[8]) vgl. Gierke, Arch. S. 135.

Jedoch noch ein zweites Erfordernis stellt § 335 HGB. auf: Der stille Gesellschafter muß sich an dem Handelsgewerbe des Kaufmanns beteiligen. Zwar genügt es, wenn er sich nur an einem begrenzten Teile desselben, etwa an dem Betriebe einer Filiale, oder auch nur an einem bestimmten Zweige des Geschäftes beteiligt,[9]) erstreckt sich jedoch seine Beteiligung nur auf einzelne Geschäfte, dann liegt eine stille Gelegenheitsgesellschaft vor, also eine bürgerlichrechtliche stille Gesellschaft.[10]) Ebenso haben wir es natürlich stets mit einer bürgerlichrechtlichen stillen Gesellschaft zu tun, wenn eine stille Gelegenheitsgesellschaft begründet wird, die mit Handelsgeschäften überhaupt nichts zu tun hat.

Zur Begründung einer handelsrechtlichen stillen Gesellschaft genügt es zweifellos, wenn eine Einlage in das Handelsgewerbe eines anderen gemacht wird mit der Abrede, daß der Einlegende sich an dem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter beteiligen soll.[11]) Zweckmäßig wäre es freilich, wenn noch nähere Abmachungen getroffen würden über Art und Höhe der Einlage, Gewinn- und Verlustbeteiligung usw.[11]) Doch ist dies an sich nicht nötig, da im Zweifel nach § 336 Abs. 1 HGB. richterliches Ermessen entscheidet. Ebenso

---

[9]) vgl. Staub Anm. 10 zu § 335.

[10]) vgl. Staub a. a. O.

[11]) vgl. v. Borch S. 38.

sind alle weiteren Rechte, insbesondere Kontroll- und Kündigungsrechte, im Gesetze bestimmt.

Bei Begründung einer bürgerlichrechtlichen stillen Gesellschaft ist es sicherlich angebracht, über alles dies im Vertrage genaue Bestimmungen zu treffen; vor allem sind alle diejenigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auszuschließen, welche dem Wesen der stillen Gesellschaft widersprechen, insbesondere also die über die Bildung eines Gesellschaftsvermögens. Wie aber, wenn derartige Abmachungen nicht getroffen worden sind, wenn etwa ein Vertrag nichts weiter enthält als die Bestimmung, daß sich A an dem nicht eingetragenen Brennereibetriebe des Gutsbesitzers B „als stiller Gesellschafter" mit einer Einlage von 20 000 Mark gegen ein Viertel Gewinnanteil und unter Beschränkung des Verlustanteils auf 5000 Mark beteiligt? Soll dann keine stille Gesellschaft vorliegen, sondern ein Darlehen? Das ist unmöglich. Oder sollen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft oder die des Handelsgesetzbuches über die stille Gesellschaft Anwendung finden? Das ist ebensowenig möglich. M. E. ist auch ein solcher Vertrag nach § 157 BGB. so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Danach ist bei Auslegung des Vertrages vor allem der Parteiwille zu berücksichtigen. Als die Absicht der Parteien ergibt sich aber hier ganz deutlich die, ein der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches entsprechendes Rechtsverhältnis zu begründen.

Es müssen also die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft angewendet werden mit der Modifikation, daß für alle diejenigen Bestimmungen, welche dem Wesen der stillen Gesellschaft widersprechen, die betreffenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die stille Gesellschaft, soweit angängig, als durch den Vertrag gewollt eintreten sollen. Da dies jedoch immerhin zweifelhaft sein kann,[12]) ist, wie bereits oben erwähnt, in jedem Falle eine genaue vertragliche Regelung der Rechtsverhältnisse während des Bestehens sowie für den Fall der Auflösung der stillen Gesellschaft vorzuziehen.

Auf welche Punkte sich diese Regelung besonders erstrecken muß, soll nun im einzelnen dargestellt werden. Dabei sind wir von dem Gesichtspunkte ausgegangen, daß nur in großen Zügen ein Überblick gegeben werden kann, da ein Eindringen in die kleinsten Einzelheiten über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen dürfte. Bei der Darstellung ist das Hauptaugenmerk darauf gerichtet, welche Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen werden müssen, und welche Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs durch Aufnahme ihnen entsprechender Vertragsklauseln wirksam gemacht werden müssen.

---

[12]) In der bisherigen Literatur ist die Frage nirgends behandelt.

§ 8.

b) Rechtsverhältnisse während des Bestehens der stillen Gesellschaft.

Solange die bürgerlichrechtliche stille Gesellschaft besteht, treten die Rechte und Pflichten der Gesellschafter hauptsächlich hervor in bezug auf die Betriebsmittel des Geschäfts, insbesondere die Einlage des stillen Gesellschafters,[1]) auf den Geschäftsbetrieb, besonders die Geschäftsführung durch den Komplementar, bei der Berechnung und Verteilung des Gewinn- und Verlustanteils sowie bei Verfügungen der Gesellschafter über diese Rechte und Pflichten.

aa) Die Einlage des stillen Gesellschafters.

Die Beitragspflicht, die durch § 705 BGB. dem Gesellschafter in der Regel auferlegt wird, beschränkt sich für den stillen Gesellschafter auf die Verpflichtung, eine Einlage zu leisten, die in das Vermögen des Komplementars übergeht. Gegenstand dieser Einlage kann, wie schon weiter oben erwähnt,[2]) jeder verkehrsfähige Gegenstand sein, also Geld, andere körperliche Sachen, Forderungs-, Nutzungs- und Patentrechte, oder sonstige

---

[1]) Hier wie im folgenden sind, wenn „stille Gesellschaft" bezw. „stiller Gesellschafter" gesagt ist, stets diejenigen des BGB. gemeint.

[2]) vgl. S. 14 der Arbeit.

Rechtsverhältnisse von Vermögenswert.[3]) Ob dagegen auch Dienstleistungen Gegenstand der Einlage sein können, ist äußerst bestritten. Sicherlich können auch Dienste einen Vermögenswert haben, doch mangelt ihnen m. E. die Verkehrsfähigkeit. Wenn nur Dienste als Einlage geleistet werden sollen, dann kann, wie Lastig[4]) mit Recht hervorhebt, nie die Rede sein von einer „Verminderung der Vermögenseinlage durch Verlustanteil" (§ 337 Abs. 2 HGB.), von einer „Verlustbeteiligung bis zu dem Betrage der eingezahlten oder rückständigen Einlage" (§ 337 Abs. 1), einer „Einzahlung der rückständigen Einlage in die Konkursmasse bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung des Verlustanteils erforderlich ist" (§ 341 Abs. 2), oder einer „Geltendmachung des Einlagerestes im Konkurse des Geschäftsinhabers durch den stillen Gesellschafter als Konkursgläubiger" (§ 341 Abs. 1).

Vielmehr „muß der Gegenstand der Einlage nicht bloß für den Geschäftsinhaber einen Vermögenswert haben, sondern bereits in der Hand des stillen Gesellschafters den Charakter des Kapitals tragen".[4])

Wenn auch einzelne dieser Bedenken Lastigs hinfällig werden können, wenn die Dienste in Geld schätzbar sind, ausschlaggebend bleibt doch m. E., daß Dienste, solange sie noch nicht geleistet sind, nie in der Bilanz als Aktiva aufgeführt werden können, da sie

---

[3]) vgl. Goldmann-Lilienthal S. 665.

[4]) Lastig a. a. O. S. 705.

nicht erzwingbar sind, ihre Realisierung also unsicher ist. Daher müssen wir die Zulassung von Diensten als Einlage des stillen Gesellschafters des Handelsgesetzbuchs ablehnen.[5])

Nun kann zwar nach § 706 Abs. 3 BGB. der Beitrag eines bürgerlichrechtlichen Gesellschafters auch in Dienstleistungen bestehen, für die Einlage eines bürgerlichrechtlichen stillen Gesellschafters sind aber trotzdem aus den oben angeführten Gründen Dienste nicht als genügend zu erachten.

Die Einlage des stillen Gesellschafters ist ihrer Art und Höhe nach in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu leisten. In jedem Falle aber muß sie in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehen. Dazu sind, im Gegensatz zu der Fassung des Art. 252 ADHGB., die nach allgemeinen Grundsätzen erforderlichen Übertragshandlungen nötig,[6]) also Übergabe bezw. deren Surrogate, ferner Auflassung, Zession oder Indossament.

Sobald der stille Gesellschafter seine Einlage voll geleistet hat, sind seine Verpflichtungen erfüllt (vgl. § 707 BGB.).

---

[5]) vgl. Bauer S. 16ff.; v. Borch S. 42; Lastig a. a. O. S. 705; Franck S. 24; Staub 6. u. 7. Aufl. S. 997; Entsch. d. RG. in JurW. 1903 Beil. 2 S. 17; a. M. Behrend S. 660; Lehmann-Ring S. 665; Staub-Stranz 8. u. 9. Aufl. Anm. 15 zu § 335.

[6]) vgl. Denkschr. z. HGB. S. 183.

bb) Geschäftsführung.

Die Pflichten des Geschäftsinhabers bestehen vor allem in der zweckentsprechenden Verwendung der Einlage, also in dem Betriebe des Erwerbsgeschäftes. Bei der Führung der Geschäfte muß der Komplementar völlig frei dastehen. Er allein muß entscheiden, ohne irgendwie von dem Willen des stillen Gesellschafters abhängig zu sein. Da dies bei der einfachen bürgerlichen Gesellschaft anders ist, sind gerade in diesen Punkten im Gesellschaftsvertrage ausdrückliche Bestimmungen aufzustellen, welche die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches in der eben geschilderten Weise modifizieren. Demnach tritt bei der stillen Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches nach außen hin nur der Komplementar auf. Er handelt im eigenen Namen, nur durch seine Handlungen entstehen Rechtswirkungen für und gegen die Gesellschaft, nur er wird berechtigt und verpflichtet, nur er kann klagen und verklagt werden.[7]) Daher braucht er selbst zu ungewöhnlichen Geschäften, wenn im Vertrage nichts anderes bestimmt ist, die Einwilligung des stillen Gesellschafters nicht einzuholen. Eine Grenze findet diese Ungebundenheit nur darin, daß er nach § 708 BGB. für „diligentia quam suis“ haftet und außerdem unter Umständen dem stillen Gesellschafter einen Grund zur Kündigung gibt.

---

[7]) Staub Anm. 11, 37 zu § 335.

Ist dem stillen Gesellschafter auch jede Einwirkung auf die Führung der Geschäfte versagt, so ist er doch nicht wehrlos der Willkür des Komplementars ausgesetzt, vielmehr hat er in jedem Falle mehr oder weniger weitgehende Kontrollrechte. In der Regel werden ihm im Gesellschaftsvertrage dieselben Kontrollrechte zu gewähren sein, die im § 338 Abs. 1 HGB. dem handelsrechtlichen stillen Gesellschafter gewährt werden. Ist jedoch darüber im Vertrage nichts bestimmt, so sind ihm m. E. unbedenklich die noch weitergehenden Rechte des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen bürgerlichrechtlichen Gesellschafters nach § 716 BGB. zu gewähren.

Aus dieser Alleinberechtigung des Komplementars zum Auftreten nach außen hin ergibt sich ohne weiteres, daß von „Rechtsverhältnissen der Gesellschaft nach außen“ bei der stillen Gesellschaft nie die Rede sein kann. Den Gläubigern haftet ausschließlich das Geschäftsvermögen des Komplementars; hat der stille Gesellschafter einen Teil der Einlage noch nicht gezahlt, der innerhalb des Betrages seiner Verlustbeteiligung bleibt, so haftet er für diesen Rückstand auch nur dem Komplementar, nie den Gläubigern direkt. Nur in einem Falle kommt der stille Gesellschafter des Handelsgesetzbuches mit den Gesellschaftsgläubigern in direkte Berührung, nämlich im Falle der Anfechtung einer Rückzahlung bezw. eines Erlasses durch den Konkursverwalter nach § 342 HGB. Für den stillen Gesellschafter

des Bürgerlichen Gesetzbuches kommt jedoch auch dies nicht in Frage, da eine derartige Bestimmung für ihn sich nicht aufstellen läßt.[8])

An dieser Stelle ist schließlich noch kurz auf die Frage des Konkurrenzverbotes einzugehen. Bei der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches ist ein solches für den stillen Gesellschafter natürlich ausgeschlossen, für den Komplementar ist es m. E. trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift in der Regel aufzustellen.[9]) Für die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches besteht ein allgemeines Konkurrenzverbot ebenfalls nicht; doch kann im konkreten Falle eine Konkurrenz mit Rücksicht auf die §§ 157, 242 dann unzulässig sein, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt.[10]) Das Ergebnis für die stille Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches ist also m. E., daß, wenn im Vertrage nichts anderes bestimmt ist, für den stillen Gesellschafter ein Konkurrenzverbot in der Regel nicht besteht, wohl aber für den Inhaber des Gewerbes. Denn dieser würde durch ein Konkurrenzunternehmen für seine alleinige Rechnung stets gegen Treu und Glauben verstoßen.

---

[8]) vgl. weiter unten § 9 a. E.

[9]) vgl. Bauer S. 44; Behrend S. 672; Cosack, HR. S. 544; Staub Anm. 34 zu § 335; a. M. Lehmann-Ring S. 669.

[10]) vgl. Knoke S. 31, 32.

cc) Gewinn und Verlust.

Über die Teilnahme des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust wird in der Regel der Gesellschaftsvertrag die eingehendsten Bestimmungen enthalten. Beachtenswert sind hierbei folgende Punkte.

Die Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinne ist begriffliches Erfordernis der stillen Gesellschaft. Ist eine Gewinnbeteiligung ausgeschlossen, dann mag wohl irgendein anderes Rechtsverhältnis vorhanden sein, eine stille Gesellschaft aber jedenfalls nicht![11])

Die Art und Höhe der Gewinnbeteiligung kann in der mannigfaltigsten Weise festgesetzt werden. Der Gewinnanteil kann bestehen in einem bestimmten Teile des Reingewinns, neben dem ein fester Zins möglich ist.[12]) Zulässig ist auch, daß nur ein fester Zins oder eine feste Rente ausbedungen werden. In diesem Falle muß jedoch der stille Gesellschafter in irgendeiner Weise am Verluste beteiligt sein, da sonst nur ein Darlehen vorliegt.[13]) Ferner kann stets ein Höchst- oder Mindestbetrag festgesetzt werden, da auch dann noch die Höhe des Gewinnes von dem wirtschaftlichen Ergebnisse in gewissem Grade abhängig ist.[14])

---

[11]) vgl. § 336 Abs. 2 HGB.; Ebert a. a. O. Anm. 4 zu § 722; Mot. Bd. 2 S. 594/95.

[12]) vgl. u. a. Bauer S. 21; Renaud S. 84; Staub Anm. 21 zu § 335.

[13]) vgl. Bauer S. 22; Staub a. a. O.

[14]) vgl. Bauer S. 22; Staub Anm. 21 zu § 335.

Was die Verlustbeteiligung anlangt, so kann dieselbe durch Vertrag ausgeschlossen werden (vgl. § 336 Abs. 2 HGB.). Im übrigen kann der Verlustanteil beliebig festgesetzt werden; der Höhe des Gewinnanteils braucht er nicht zu entsprechen.[15]) Ein Höchstbetrag ist für die Verlustbeteiligung insofern gegeben, als der stille Gesellschafter nur bis zum Betrage seiner Einlage haftet. Für die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuches ist dies in § 337 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt. Die Gesellschafter einer Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches haften zwar nach § 735 auch über ihre Einlage hinaus für einen etwaigen Verlust. Doch diese Bestimmung ist dispositiv,[16]) und daher werden wir annehmen können, daß bei Errichtung einer stillen Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches die Absicht der Parteien stets dahin geht, auch ohne ausdrückliche Bestimmung die Haftung des stillen Gesellschafters auf den Betrag der Einlage zu beschränken.[17])

Enthält der Vertrag keine Bestimmungen über die Beteiligung am Gewinn oder am Verlust oder an beiden, dann gilt nach der gesetzlichen Regelung folgendes: Ist nur der Anteil am Gewinn oder am Verlust bestimmt, dann gilt diese Bestimmung für Gewinn und Verlust (§ 722 Abs. 2 BGB.). Ist dagegen weder über den Gewinn noch über den Verlust etwas bestimmt, so hat

---

[15]) Bauer S. 28; Lastig a. a. O. S. 738.

[16]) Oertmann S. 796.

[17]) Ähnlich v. Borch S. 51, 52.

nach § 722 BGB. jeder Gesellschafter den gleichen Anteil am Gewinn und am Verlust, also jeder die Hälfte.[18] Hierin liegt ein großer Unterschied von der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuches, bei der in solchen Fällen nach § 336 Abs. 1 ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen gilt. Doch dürfte dieser Unterschied kaum jemals praktisch werden, da gerade über die Gewinnbeteiligung, die den Gesellschaftern im Erwerbsleben sicherlich die Hauptsache ist, stets vertragliche Bestimmungen getroffen sein werden.

Für die Art und Weise der Berechnung und Verteilung des Ergebnisses gelten ebenfalls in erster Linie die Abmachungen der Parteien. Haben diese nichts vereinbart, so treten die gesetzlichen Bestimmungen ein. Dann finden der Rechnungsabschluß und die Gewinnverteilung am Ende des Geschäftsjahres statt.[19] Berechnet wird der Gewinn bezw. Verlust in der Weise, daß der Überschuß bezw. der Minderbetrag des in der betreffenden Zeit durch den Geschäftsbetrieb Vereinnahmten gegenüber dem Betrage der in derselben Zeit gehabten Unkosten und Verluste festgestellt wird.[20] Einen etwaigen Gewinn kann der stille Gesellschafter sofort erheben,[21] läßt er ihn stehen, so wird seine Ein-

---

[18] vgl. auch Art. 268 ADHGB.; Loewy S. 38.

[19] vgl. §§ 337 Abs. 1 HGB., 721 Abs. 2 BGB.

[20] vgl. v. Borch S. 49.

[21] vgl. §§ 721 Abs. 2 BGB., 337 Abs. 1 HGB.

lage dadurch nicht vermehrt.[22]) Ist die Einlage dagegen durch frühere Verluste gemindert oder gar aufgezehrt, so wird ein Gewinn erst dann ausgezahlt, wenn der Betrag der Einlage durch den Gewinn erreicht ist.

Schon erhobener oder noch rückständiger Gewinn kann jedoch wegen späterer Verluste nicht zurückverlangt werden.[23]) Daß ein etwaiger Verlust von dem stillen Gesellschafter nicht bar eingezahlt wird, sondern daß er nur von der Einlage abgeschrieben wird, ergibt sich schon aus dem eben Gesagten.

dd) Verfügungen der Gesellschafter über ihre Rechte aus dem Gesellschaftsvertrage.

Inwieweit Verfügungen der Gesellschafter der stillen Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches über ihre Mitgliedschaftsrechte und -pflichten zulässig sind, richtet sich wieder in erster Reihe nach dem Gesellschaftsvertrage. Beim Mangel einer vertraglichen Regelung ist auch hier das Gesetz heranzuziehen. Für einzelne Fälle von Verfügungen der Gesellschafter sind bestimmte Regeln im Bürgerlichen Gesetzbuch gegeben, über

---

[22]) vgl. § 337 Abs. 3 HGB.; Goldmann-Lilienthal S. 751 Anm. 13.

[23]) vgl. für die stille Gesellschaft des HGB. § 337 Abs. 2. Anders nach §§ 721 u. 735 BGB. für die Gesellschaft des BGB. Da diese Bestimmungen dispositiv sind (Oertmann S. 784, 796), so ist das im Text Gesagte m. E. bei der stillen Gesellschaft des BGB. stets als Parteiwille anzunehmen und daher gültig.

andere schweigt es. Dann kommt es m. E. darauf an, ob die Parteien durch eine derartige Verfügung wesentlichen dem Gesellschaftsvertrage zugrunde liegenden Voraussetzungen zuwiderhandeln oder nicht.[24]) Von diesem Gesichtspunkte aus ist es dem Komplementar nicht erlaubt, einseitig den Gegenstand des Geschäftsbetriebes zu ändern oder den Betrieb aufzugeben.[25]) Ebensowenig darf der stille Gesellschafter seine Kontrollrechte, die nur ihm persönlich einen Einblick in den Geschäftsbetrieb gewähren sollen, an einen Dritten abtreten.

Für alle übrigen Fälle gelten die Bestimmungen des § 717 BGB., wonach die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen, nicht übertragbar sind, mit Ausnahme der Ansprüche auf den Gewinnanteil und auf das, was jedem bei der Auseinandersetzung zukommt.

Demnach darf der Komplementar das Gesellschaftsgeschäft ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters weder verkaufen noch in eine Gesellschaft umwandeln, andererseits darf auch der stille Gesellschafter nicht beliebig einen Dritten an seine Stelle setzen.[26]) Dagegen dürfen beide Gesellschafter jederzeit ihre Ansprüche auf ihren Gewinnanteil weiter übertragen oder in bezug auf diesen eine Untergesellschaft eingehen; denn der

[24]) vgl. Franck S. 40.

[25]) vgl. Franck S. 40/41; Loewy S. 53.

[26]) vgl. v. Borch S. 54; Renaud S. 137.

Satz „socii mei socius meus socius non est“[27]) gilt noch heute.[28])

Schließlich kann eine Übertragung der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten noch beim Tode eines Gesellschafters in Frage kommen; hierüber ist weiter unten zu sprechen.[29])

§ 9.

c) Auflösung.

aa) Auflösungsgründe.

Die Auflösung der stillen Gesellschaft kann erfolgen durch Parteiwillen, sei es durch den Willen beider Gesellschafter oder nur eines derselben, oder infolge anderer Umstände, insbesondere auf Grund gesetzlicher Bestimmungen.[1])

Zunächst wird also die stille Gesellschaft aufgelöst durch übereinstimmenden Beschluß beider Gesellschafter;[2]) dieser kann auch aus konkludenten Handlungen hervorgehen.[3])

---

[27]) l. 47 § 1 D. L. 17.

[28]) vgl. Knoke S. 40; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 631; Oertmann S. 778.

[29]) vgl. § 9 aa).

[1]) vgl. Franck S. 53.

[2]) vgl. Denkschr. z. HGB. S. 184; Goldmann-Lilienthal S. 772.

[3]) vgl. Lehmann-Ring S. 674.

Für die Auflösung durch einseitige Willenserklärung, also durch Kündigung, ist zu unterscheiden, ob die Gesellschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen worden ist. Eine auf unbestimmte Zeit eingegangene stille Gesellschaft — als solche gilt auch die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangene, sowie eine stillschweigend fortgesetzte stille Gesellschaft[4]) — könnte nach § 723 Abs. 1 BGB. jederzeit gekündigt werden. Doch würde m. E. eine derartige Kündigung als zur Unzeit erfolgt angesehen werden müssen (vgl. § 723 Abs. 2 BGB.); daher wird die Kündigung in der Regel nur für den Schluß des Geschäftsjahres zulässig sein. Im übrigen sind natürlich gerade über Zulässigkeit und Art und Weise der Kündigung im Vertrage ausführliche Bestimmungen angebracht.

Ist die stille Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann sie regelmäßig nicht durch vorzeitige Kündigung aufgelöst werden.

Ausnahmsweise ist eine Kündigung ohne Einhaltung einer Frist sowohl bei der auf bestimmte, als auch bei der auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen stillen Gesellschaft zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 339 Abs. 1 HGB. mit § 723 BGB.).

Von den gesetzlichen Auflösungsgründen ist der erste ein im Interesse Dritter festgesetzter. Ein Gläubiger des stillen Gesellschafters kann die Gesellschaft

---

[4]) vgl. § 339 Abs. 1 mit § 134 HGB.; § 724 BGB.

fristlos kündigen, wenn er die Pfändung des Anspruches desselben auf Gewinnanteil und Rückzahlung der Einlage auf Grund eines nicht nur vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels erwirkt hat (vgl. § 720 BGB.).[5] [6]

Ferner wird die stille Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs stets aufgelöst durch den Tod eines der beiden Gesellschafter, sofern im Vertrage nichts anderes bestimmt ist.[7] In jedem Falle haben die Erben des Verstorbenen nach § 727 Abs. 2 BGB. dem anderen Gesellschafter den Tod unverzüglich anzuzeigen und event. die nach dem Gesellschaftsvertrage ihm obliegenden Geschäfte fortzuführen.

Ein weiterer ipso jure wirkender Auflösungsgrund liegt vor, wenn der Geschäftszweck erreicht oder die Erreichung unmöglich geworden ist.[8] Der erstere Punkt kann praktisch wirksam werden besonders bei der stillen Gelegenheitsgesellschaft, letzterer dann, wenn der Geschäftsbetrieb rechtlich unstatthaft oder tatsäch-

[5] Anders bei der stillen Gesellschaft des HGB. Vgl. § 339 mit § 135.

[6] Für Gläubiger des Komplementars kann dieses Kündigungsrecht nicht in Frage kommen, da diese sich unmittelbar an das Privat- und Geschäftsvermögen desselben halten können (vgl. v. Borch S. 69).

[7] vgl. § 727 BGB.; abweichend § 339 Abs. 3 HGB. für die stille Gesellschaft des HGB. beim Tode des stillen Gesellschafters. Ebenso Loewy S. 58; Renaud S. 237; a. M. Staub 6./7. Aufl. Exkurs zu § 342 Anm. 16.

[8] vgl. § 726 BGB.; Lehmann-Ring Anm. 7 zu § 339.

lich unmöglich ist, also besonders, wenn der Komplementar seinen Gewerbebetrieb veräußert oder sonstwie aufgegeben hat.[9]) Schließlich führt die Konkurseröffnung über das Vermögen eines der beiden Gesellschafter stets die Auflösung der stillen Gesellschaft herbei.[10])

bb) Wirkungen der Auflösung.

Trotz der Auflösung der stillen Gesellschaft ändert sich nichts in den Verhältnissen des Komplementars zu seinen Gläubigern. Er hat die schwebenden Geschäfte abzuwickeln; den Geschäftsbetrieb kann er einstellen oder fortsetzen.[11])

Mit dem stillen Gesellschafter dagegen hat er sich sogleich auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen. Ergibt sich ein Passivsaldo für den stillen Gesellschafter, so hat er dasselbe in Geld zu berichtigen. In keinem Falle braucht er jedoch einen größeren Verlust auf sich zu nehmen, als im Vertrage bestimmt ist, bezw. als seine Einlage beträgt. Hat er also seine Einlage eingezahlt, so braucht er das Passivsaldo überhaupt nicht zu berichtigen, ist er mit ihr im Rückstande geblieben, so braucht er nur so viel einzuzahlen, als zur Deckung seines Verlustanteils erforderlich ist. An dem Gewinne und Verluste aus den noch ab-

---

[9]) vgl. Anm. 8 S. 69.

[10]) vgl. § 728 BGB.

[11]) vgl. Franck S. 73.

zuwickelnden Geschäften bleibt der stille Gesellschafter beteiligt. Aus diesem Grunde behält er vorläufig auch noch seine Kontrollrechte.

Einige Besonderheiten gelten noch bezüglich der Auseinandersetzung, wenn die Auflösung durch Konkurs erfolgt.

Wird über das Vermögen des stillen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, dann stellt der Komplementar die Schlußrechnung auf. Ergibt sich ein Guthaben des stillen Gesellschafters, so ist dieses ein Aktivum der Konkursmasse. Ist dagegen ein Verlust vorhanden und der stille Gesellschafter mit der zur Deckung seines Verlustanteils erforderlichen Einlage noch im Rückstande, so macht der Komplementar diesen Anspruch als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend.[12])

Gerät umgekehrt der Komplementar in Konkurs, dann erfolgt die Auseinandersetzung gemäß § 16 KO. durch den Konkursverwalter außerhalb des Konkursverfahrens. Hat der stille Gesellschafter seine Einlage bereits eingezahlt, so muß er den Anspruch auf sein Guthaben — also auf seine Einlage vermehrt bezw. vermindert um seinen Gewinn- bezw. Verlustanteil — als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen. Der § 51 KO., welcher den Gesellschaftern ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährt, findet auf ihn keine Anwendung,

---

[12]) vgl. Lehmann-Ring Anm. 4 zu § 341.

da jene Vorschrift eine Vermögensgemeinschaft voraussetzt.[13])

Ist er dagegen mit seiner Einlage noch im Rückstande, so hat er sie zur Konkursmasse nur so weit einzuzahlen, als zur Deckung seines Verlustanteiles erforderlich ist.

Ein besonderes Anfechtungsrecht, wie es § 342 HGB. den Gläubigern des Komplementars der stillen Gesellschaft des Handelsrechts gewährt, ist den Gläubigern desselben bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft nicht zu geben. Vielmehr sind diese auf die aus der Konkursordnung sich ergebenden Rechte beschränkt.[14])

---

[13]) vgl. Lehmann-Ring Anm. 2 zu § 341.

[14]) vgl. §§ 30 ff. KO.

C.

§ 10.

Zusammenfassung; praktische Bedeutung der „stillen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts".

Überblicken wir nunmehr zum Schlusse noch einmal die Resultate unserer Untersuchungen im Zusammenhange, so ergibt sich:

Die stille Gesellschaft ist eine wahre Gesellschaft (§§ 2—4 der Arbeit; B. I).

Die Eigenheiten dieser Gesellschaft lassen sich sowohl theoretisch mit den Grundsätzen der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Einklang bringen (§§ 5 und 6), als auch praktisch mit den Mitteln, die der konstruktive Ausbau derselben gewährt, verwirklichen (§§ 7—9).

Also kann dieses Rechtsverhältnis auch auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vorkommen (B. II).

Von diesem Gesichtspunkte aus könnte man es als gerechtfertigt erachten, daß bei der Beratung des neuen Handelsgesetzbuchs von einigen Seiten die Aufstellung besonderer Vorschriften für die stille Gesellschaft mit Rücksicht auf die eingehende Regelung des Gesellschafts-

rechtes durch das Bürgerliche Gesetzbuch für überflüssig gehalten wurde.[1]) Demgegenüber ergibt sich aber gerade aus demjenigen Teile unserer Untersuchungen, in welchem wir die praktische Verwirklichung der Rechtsverhältnisse der stillen Gesellschaft vermittels der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs versucht haben, wie unentbehrlich die besonderen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die stille Gesellschaft sind.

Denn die Ausarbeitung eines brauchbaren Gesellschaftsvertrages, der keine Zweifel und Streitigkeiten aufkommen läßt, ist stets eine der schwierigsten Aufgaben der juristischen Praxis.[2]) Dazu wären bei nur vertragsmäßiger Regelung der Rechtsverhältnisse der stillen Gesellschaft stets eingehende Bestimmungen erforderlich, um die Anwendung einer Reihe auf völlig verschiedener Grundlage beruhender Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auszuschließen[1]) und dieselben durch dem Wesen der stillen Gesellschaft entsprechende Bestimmungen zu ersetzen. Ja einige Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, nämlich die im Interesse dritter Personen eingeführten §§ 135 mit 339 u. 342 betr. die Kündigung einer stillen Gesellschaft durch einen Gläubiger des stillen Gesellschafters und die Anfechtung der Rückzahlung der Einlage des stillen Gesellschafters durch die Konkursgläubiger des Komplementars, ließen sich

---

[1]) vgl. Denkschr. z. HGB. S. 182.

[2]) vgl. Ehrenberg S. 226.

durch vertragliche Abmachungen nie ersetzen, da sie ihrer Natur nach der vertragsmäßigen Festsetzung überhaupt entzogen sind.[3])

Aus denselben Gründen, die eine besondere Regelung der Rechtsverhältnisse der handelsrechtlichen stillen Gesellschaft durch das Handelsgesetzbuch als erforderlich erscheinen lassen, könnte man eine Regelung der Rechtsverhältnisse der bürgerlichrechtlichen stillen Gesellschaft durch das Bürgerliche Gesetzbuch vermissen. Betrachten wir jedoch einmal die praktische Bedeutung der bürgerlichrechtlichen stillen Gesellschaft! Für die Entstehung einer bürgerlichrechtlichen stillen Gesellschaft gibt es, wie S. 51—53 der Arbeit dargelegt, zwei Hauptfälle, nämlich den der Beteiligung an dem Gewerbe eines Nichtkaufmannes und den der stillen Gelegenheitsgesellschaft.

Im ersteren Falle wird fast stets, wenn eine stille Gesellschaft begründet wird, der Betrieb einen derartigen Umfang haben, daß er nach §§ 2 oder 3 Abs. 2 HGB. durch Eintragung ins Handelsregister zum Handelsgewerbe werden kann, so daß also in diesem Falle eine handelsrechtliche stille Gesellschaft begründet werden könnte. Vollkommen unmöglich ist dies nur, wenn der Unternehmer eines rein land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes eine stille Gesellschaft eingeht.[4])

In dem zweiten Falle, dem der stillen Gelegenheits-

---

[3]) vgl. Denkschr. z. HGB. S. 182.

[4]) vgl. § 3 Abs. 1 HGB.

gesellschaft, ist natürlich niemals die Begründung einer handelsrechtlichen stillen Gesellschaft möglich. Aber hier sind die Rechtsverhältnisse meistenteils so wenig ver wickelt, daß sich fast immer durch Vertrag eine ausreichende Regelung erreichen läßt.

Aus diesen Gesichtspunkten heraus erscheint die Aufstellung besonderer Vorschriften für die stille Gesellschaft durch das Bürgerliche Gesetzbuch als nicht erforderlich.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.